Die
Nichtigkeit des Gesellschaftsvertrags
bei der offenen Handelsgesellschaft.

Inaugural-Dissertation

einer hohen Juristen-Fakultät in Tübingen

vorgelegt von

Eugen Möhler

Rechtsanwalt in Schwäb. Gmünd.

ACAD. LIBRARY BERL.

Schwäb. Gmünd

Buchdruckerei August Geyer

1907.

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41552713_0072

Inhaltsverzeichnis.

Seite

§ 1. Einleitung 5

A. Nichtigkeit des Gesellschaftsvertrags.

§ 2. Allgemeines 8

§ 3. Im besonderen bei der O.H.G. 14

B. Folgen der Nichtigkeit.

§ 4. Im Verhältnis der Beteiligten unter einander 28

§ 5. Im Verhältnis zu Dritten 36

§ 1.

Einleitung.

Der Begriff der offenen Handelsgesellschaft ist festgelegt in § 105 des Handelsgesetzbuchs für das deutsche Reich vom 10. Mai 1897, wo es heisst: „Eine Gesellschaft, deren Zweck auf den Betrieb eines Handelsgewerbes unter gemeinschaftlicher Firma gerichtet ist, ist eine offene Handelsgesellschaft, wenn bei keinem der Gesellschafter die Haftung gegenüber den Gesellschaftsgläubigern beschränkt ist."

Aus dieser Begriffsbestimmung ergibt sich ohne weiteres, dass zum Wesen einer offenen Handelsgesellschaft das Vorhandensein einer Gesellschaft gehört. Hiedurch hat das Gesetzbuch eine frühere Streitfrage entschieden und die insbesondere von Laband vertretene Ansicht[1]) abgelehnt, wonach die offene Handelsgesellschaft keine Gesellschaft voraussetze, sondern ein Verhältnis sei, durch das ohne Rücksicht auf die zu Grunde liegenden inneren Beziehungen der Beteiligten lediglich die Haftung für die

[1]) Laband in Goldschmidts Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht, Band XXX S. 469, 509 ff. „Beiträge zur Dogmatik der Handelsgesellschaften".

Schulden eines unter gemeinschaftlicher Firma betriebenen Handelsgewerbes geregelt werde.

Laut Absatz 2 des § 105 des H.G.B. finden auf die offene Handelsgesellschaft die Vorschriften des Bürgerlichen Gesetzbuchs über die Gesellschaft Anwendung, soweit nicht im Handelsgesetzbuch II. Buch 1. Abschnitt ein anderes bestimmt ist. Die angezogenen Vorschriften des Bürgerlichen Gesetzbuchs sind enthalten in den §§ 705 bis 740. Eine Gesellschaft entsteht nach § 705 des B.G.B. durch den Abschluss eines Vertrags, inhaltlich dessen sich die Gesellschafter gegenseitig verpflichten, die Erreichung eines gemeinsamen Zweckes in der durch den Vertrag bestimmten Weise zu fördern. Dieser gemeinsame Zweck ist bei der offenen Handelsgesellschaft der Betrieb eines Handelsgewerbes unter gemeinschaftlicher Firma. Weitere positive Voraussetzungen hat die offene Handelsgesellschaft nicht, wohl aber noch eine negative, es darf nämlich bei keinem der Gesellschafter die Haftung gegenüber den Gesellschaftsgläubigern beschränkt sein. Doch braucht diese Unbeschränktheit der Haftung nicht ausdrücklich im Gesellschaftsvertrag ausgesprochen zu sein; vielmehr genügt es vollständig, wenn der Gesellschaftsvertrag über die Haftung überhaupt nichts bestimmt; denn in diesem Fall tritt die der offenen Handelsgesellschaft eigentümliche unbeschränkte Haftung der Gesellschafter von selbst, von Gesetzes wegen, ein.

Aus dem Begriff der offenen Handelsgesellschaft ergibt sich, dass eine solche nicht vorhanden ist, wenn eine wesentliche Voraussetzung fehlt, wenn also z. B. keine Gesellschaft vorhanden ist und letzteres ist der Fall, wenn kein Gesellschaftsvertrag geschlossen worden ist oder der

tatsächlich abgeschlossene Gesellschaftsvertrag rechtlich nicht vorhanden d. h. nichtig ist. Wie sich nun die Rechtsverhältnisse gestalten, wenn eine offene Handelsgesellschaft auf einem nichtigen Gesellschaftsvertrag beruht, soll im folgenden dargestellt werden, nachdem zunächst die Frage besprochen sein wird, wann der Gesellschaftsvertrag nichtig ist.

Hieraus ergibt sich folgende Gliederung der Abhandlung:

A) Wann ist die Gesellschaft nichtig?

B) Was sind die Folgen der Nichtigkeit?

A.

Nichtigkeit des Gesellschaftsvertrags.

§ 2.

Allgemeines.

Ueber die Nichtigkeit von Handelsgesellschaften enthält das neue Handelsgesetzbuch verschiedentlich Bestimmungen. So für die Aktiengesellschaft die §§ 309 bis 311, ferner in dem Einführungsgesetz zum H.G.B. Artikel 10 Nr. XI und Artikel 11 Nr. XXII für die Erwerbs- und Wirtschaftsgenossenschaften — in der neuen Fassung des Gesetzes vom 1. Mai 1889 die §§ 94 bis 97 — sowie für die Gesellschaften mit beschränkter Haftung — in der neuen Fassung des Gesetzes vom 20. April 1892 die §§ 75 bis 77.

Der Inhalt dieser Gesetzesbestimmungen ist im wesentlichen bei allen drei genannten Gesellschaften derselbe; hier genügt es, zur Betrachtung die für die Aktiengesellschaft gegebenen Vorschriften heranzuziehen. Hier hat sich Streit erhoben über die Auslegung des § 309 H.G.B., welcher lautet: „Enthält der Gesellschaftsvertrag nicht die nach § 182 Abs. 2 wesentlichen Bestimmungen oder ist

eine dieser Bestimmungen nichtig, so kann jeder Gesellschafter und jedes Mitglied des Vorstands und des Aufsichtsrats im Wege der Klage beantragen, dass die Gesellschaft für nichtig erklärt werde. Die Vorschriften der §§ 272 und 273 finden entsprechende Anwendung." Aus dieser Vorschrift folgert nun Staub [1]), dass andere Mängel des Statuts als die im § 309 angeführten die Nichtigkeit der Aktiengesellschaft nicht bewirken. Staub macht a. a. O. geltend, „gerade darin liege der Kern und der wesentliche Fortschritt der gesetzlichen Regelung dieser Materie, dass die frühere Unsicherheit in Betreff der Voraussetzungen der Nichtigkeit abgeschafft werden sollte; diese Absicht des Gesetzes habe durch die Fassung des § 309 einen genügend deutlichen Ausdruck gefunden." Er beruft sich dabei auf die Denkschrift [2]) und den Be-

[1]) Staub, Kommentar zum Handelsgesetzbuch Anm. 2 zu § 309.

[2]) Abgedruckt in den „Materialien zum Handelsgesetzbuch", herausgegeben von Mugdan 1897. Hier heisst es Seite 332: Ueber die Voraussetzungen, unter denen eine Aktiengesellschaft trotz der Eintragung in das Handelsregister als nichtig anzusehen ist, sowie über die Folgen und die Geltendmachung der Nichtigkeit fehlt es zur Zeit an gesetzlichen Vorschriften. Dass eine Aktiengesellschaft trotz der Eintragung in das Handelsregister nicht besteht, wenn im Gesellschaftsvertrag eine der vom Gesetz für wesentlich erklärten Bestimmungen fehlt oder wenn eine solche Bestimmung ungültig ist, gilt schon jetzt als zweifellos. Andererseits wird in der Wissenschaft und Rechtsprechung überwiegend angenommen, dass sonstige Mängel des Gründungshergangs im allgemeinen nicht genügen, um die Gültigkeit der in das Handelsregister eingetragenen Gesellschaft nachträglich in Frage zu stellen, wenngleich sie unter Umständen die Folge haben können, dass eine grössere oder geringere Zahl von Uebernehmern oder Zeichnern von Aktien befugt ist, ihre Beteiligung als unverbindlich anzufechten. Auf diesen Standpunkt, welcher dem praktischen Bedürfnis und dem

richt der Reichstagskommission[3]). Aber überwiegend wird in der Literatur die gegenteilige Meinung vertreten. Nach der Ansicht Cosack's[4]) sind die im § 309 H.G.B. aufgeführten Nichtigkeitsgründe nicht erschöpfend. Makower[5]) meint, selbst in der Denkschrift sei zugegeben, dass in besonderen Fällen auch aus anderen Gründen als wegen Verstosses gegen § 182 Abs. 2 Nichtigkeit eintreten könne, insofern dort vorausgesetzt sei, dass bezüglich der sonstigen Mängel die allgemeinen Grundsätze dazu führen, anzunehmen, dass sie „im allgemeinen nicht genügen." Staub's Ansicht ist nach Makower nicht haltbar, weil sie, streng durchgeführt, zu Widersprüchen mit anderen

---

Interesse aller Beteiligten am meisten entspricht, stellt sich auch der Entwurf; die Vorschriften desselben über die Nichtigkeit der Aktiengesellschaft beziehen sich nur auf den Fall, dass Mängel in Betreff der wesentlichen Bestimmungen des Gesellschaftsvertrags vorliegen. — Das geltende Recht gewährt kein Mittel, um in einem solchen Falle die Nichtigkeit der Gesellschaft in einer für alle Beteiligten bindenden Weise festzustellen und die in das Handelsregister eingetragene Gesellschaft wieder aus dem Register zu entfernen. Der Entwurf füllt diese Lücken durch die Vorschriften des § 300 (jetzt 309) aus usw.

[3]) Seite 97: Dem wurde seitens der verbündeten Regierungen entgegengehalten: „Hier in diesem Gesetz seien die Voraussetzungen der Nichtigkeitsklage genau normiert und auf die Fälle, dass wesentliche Bestimmungen des Statuts fehlen oder eine dieser Bestimmungen nichtig ist, beschränkt" und weiterhin: „Mit der in § 300 (jetzt 309) enthaltenen Bestimmung ist das Gebiet der Nichtigkeitsklage umgrenzt. Darüber hinaus, also wegen sonstiger Mängel des Gründungshergangs kann eine Nichtigkeitsklage nicht erhoben werden. Diese Auffassung stellte im Einklang mit der Denkschrift die Kommission als die ihrige fest."

[4]) Cosack, Lehrbuch des Handelsrechts Seite 615.

[5]) Makower, Commentar zum Handelsgesetzbuch zu § 309, III.

Gesetzesbestimmungen führen würde, so z. B. unter Umständen mit den durch § 178 festgestellten Merkmalen einer Aktiengesellschaft, unter Umständen mit dem Grundsatz, „dass kein Verein ohne Mitglieder bestehen kann (Fall einer Fälschung sämtlicher in Betracht kommenden Unterschriften).“ Auch Pinner stellt sich in Anm. II und III auf die Seite Cosack's. Gegen Staub hat sich auch das Reichsgericht ausgesprochen in Hinsicht einer Gesellschaft mit beschränkter Haftung, Urteil des I. Civilsenats vom 13. Mai 1903, veröffentlicht in den „Entscheidungen des Reichsgerichts in Civilsachen“ Band 54 Seite 418 ff. Siehe auch die Kritik Staub's und Hachenburg's zu diesem Urteil in der „Deutschen Juristen-Zeitung“ VIII. Jahrgang 1903, Seite 336 und 439. Zur Stellungnahme für oder gegen Staub ist hier kein Anlass; es genügt festzustellen, dass eine Beschränkung der Nichtigkeitsgründe im Gesetz zum Ausdruck gekommen ist und dass es Absicht der gesetzgebenden Faktoren war, eine solche Beschränkung zu statuieren.

Für die offene Handelsgesellschaft enthält das Handelsgesetzbuch keine besonderen Bestimmungen hinsichtlich der Frage der Nichtigkeit. Aus dem Fehlen derartiger Vorschriften lässt sich nicht ohne weiteres folgern, dass das Gesetz eine Einschränkung der Nichtigkeit wie bei der Aktiengesellschaft und anderen Handelsgesellschaften bei der offenen Handelsgesellschaft nicht statuiere. Abgesehen von der Frage, ob sich nicht schon aus der Natur und dem Wesen einer Gesellschaft eine Einschränkung der Nichtigkeitsgründe von selbst ergibt und ob dies nicht für alle Gesellschaften, auch solche des B.G.B. zutrifft, liegt insbesondere die Erwägung nahe, ob und zu-

treffendenfalls inwieweit jene Sonderbestimmungen auf die offene Handelsgesellschaft analog anzuwenden seien. Tritt man dieser Erwägung näher, so ergibt sich die Notwendigkeit, Grund und Zweck jener Sonderbestimmungen festzustellen. Die Denkschrift enthält hierüber (Seite 332) nur die Bemerkung, dass der Standpunkt des Entwurfs dem praktischen Bedürfnis und dem Interesse aller Beteiligten am meisten entspreche. Unter dem Standpunkt des Entwurfs ist hier das Bestreben nach Enschränkung der Nichtigkeit bei der Aktiengesellschaft verstanden. Diesem Urteil wird man beistimmen können. Das praktische Bedürfnis läuft auf die Gewährleistung grösserer Sicherheit des Rechtsverkehrs hinaus, was dem Interesse aller Beteiligten, insbesondere dem der Gläubiger der Gesellschaft, aber auch dem Interesse der durch die Gesellschaft verbundenen Personen — das mindestens dann vorhanden ist, wenn die Gesellschaft geschäftlich floriert — entspricht.

Diese Ueberlegung kann ebenso gut auch zu gunsten der offenen Handelsgesellschaft angestellt werden. Auch bei dieser ist es um der Sicherheit des Handelsverkehrs willen zu wünschen, dass nicht eine offene Handelsgesellschaft (welche zwar rechtlich nicht bestand, aber allgemein als gültig angesehen wurde) auf einmal auf Grund irgend einer Entdeckung nach vielleicht jahrelangem unangefochtenen Bestehen als nichtig erscheint und nunmehr mit der Gültigkeit der Gesellschaft auch die Gültigkeit der abgeschlossenen Geschäfte und die Wirksamkeit der eingetretenen Rechtsveränderungen nachträglich in Frage gestellt wird.

Andererseits gibt es aber Umstände, die geeignet sind, gegen eine analoge Uebertragung jener Sonderbestim-

mungen Bedenken zu erregen; hierher gehört einmal die corporative Gestaltung der mit jenen Besonderheiten bedachten Handelsgesellschaften im Gegensatz zu der offenbaren Societätscharakter tragenden offenen Handelsgesellschaft; ferner der Umstand, dass bei jenen ausgezeichneten Handelsgesellschaften die Herstellung der rechtlichen Grundlage, nämlich die Errichtung des Statuts eine complicierte, formelle Sache ist, während zur Errichtung einer offenen Handelsgesellschaft eine besondere Form normalerweise nicht erforderlich ist, woraus der Schluss hergeleitet werden mag, dass das Gesetz nur kleinere formelle Verstösse entschuldigen wolle, eine Erwägung, die bei der offenen Handelsgesellschaft naturgemäss versagen müsste; endlich möchte auch noch die Tatsache ins Feld geführt werden, dass die offene Handelsgesellschaft meist eine Vereinigung weniger Personen ist, die anderen in Betracht gezogenen Handelsgesellschaften dagegen eine viele Personen in sich begreifende Vereinigung bilden und dass diese Tatsache kein Spiel des Zufalls ist, sondern der Berechnung und Voraussicht des Gesetzes entspricht; und in diesem Zusammenhang könnte dann auch dem Umstand Bedeutung beigemessen werden, dass das Gesetz, indem es die Frage für andere Handelsgesellschaften regelte, bei der offenen Handelsgesellschaft eine ähnliche Regelung nicht getroffen hat.

Die Sorge für die Sicherheit des Rechtsverkehrs ist meines Erachtens nicht ausreichend, um eine analoge Anwendung der angeführten Bestimmungen zu rechtfertigen.[1]) Denn dieser Gedanke wird im B.G.B. nicht selten durch

---

[1]) Vgl. Wächter, Württ. Privatrecht S. 55 und 56.

andere Erwägungen durchbrochen. Immerhin kommt man, wie später im Einzelnen darzulegen sein wird, auf Grund des in der neuen Gesetzgebung ganz besonders hervortretenden Gedankens, dass jeder, soweit dies der Billigkeit entspricht, für seine Handlungen einzustehen hat — ein Gedanke, der auch der „Sorge für die Sicherheit des Rechtsverkehrs“ zu Grunde liegt — im Wesentlichen zu den gleichen praktischen Resultaten, wie sie für die genannten anderen Handelsgesellschaften ausdrücklich im Gesetze niedergelegt sind, soweit die Beziehungen der offenen Handelsgesellschaft zu dritten Personen in Betracht kommen.

§ 3.

Im besonderen bei der O.H.G.

Erregt die Analogie der §§ 309 bis 311 H.G.B., wie vorstehend ausgeführt, Bedenken, so sind also die allgemeinen Bestimmungen des B.G.B. über die Nichtigkeit von Rechtsgeschäften auch auf die offene Handelsgesellschaft anzuwenden. Dabei ist allerdings nicht zu verkennen, dass die Beurteilung der Nichtigkeit eines Gesellschaftsvertrags von der gleichgerichteten Beurteilung eines gewöhnlichen Vertrags, bei dem sich nur zwei Parteien — die allerdings ihrerseits aus mehreren Personen bestehen können — verschieden sein muss. Dies aus dem Grund, weil der Gesellschaftsvertrag eine ganz eigenartige Struktur hat. Bei der Gesellschaft steht nicht nur einer allen andern als Kontrahent gegenüber, sondern die anderen sind wieder unter sich gegenseitig durch den gleichen Vertrag verbunden. Während bei einem gewöhnlichen Vertrag

zwischen A einerseits und B & C andererseits B gegen A denselben Anspruch hat wie C gegen A, aber einen andern als gegen C, hat bei einem Gesellschaftsvertrag zwischen A, B und C jeder Gesellschafter gegen jeden anderen denselben Anspruch (natürlich nur soweit nicht im Gesellschaftsvertrag über die Einzelheiten der Beitragsleistung ein anderes bestimmt ist), also ist das Verhältnis von B zu A dasselbe wie zu C.

Um dieser besonderen Natur des Gesellschaftsvertrags willen sind die allgemeinen Vorschriften des B.G.B. über Nichtigkeit von Verträgen auf eine Gesellschaft mit Vorsicht anzuwenden, wobei es zunächst gleichgültig ist, ob es sich um eine offene Handelsgesellschaft oder um eine Gesellschaft des bürgerlichen (im Gegensatz zum Handelsverkehr) Rechts handelt.

Die Nichtigkeit einer auf die Beteiligung als Gesellschafter gerichteten Willenserklärung eines einzelnen Gesellschafters ist nicht gleichbedeutend mit der Nichtigkeit des ganzen Gesellschaftsvertrags; die Nichtigkeit einer derartigen Beitrittserklärung führt die Nichtigkeit des Gesellschaftsvertrags nicht mit Notwendigkeit herbei. Denn bei der Gesellschaft stehen sich die Gesellschafter zwar als einzelne gegenüber; das Verhältnis ist also nicht, wie schon erwähnt, so zu denken, dass jeder Gesellschafter mit den Uebrigen als einer Einheit kontrahiert; andererseits aber auch nicht so, dass der Gesellschaftsvertrag aus einer Reihe einzelner selbständiger Gesellschaftsverträge bestehe, sondern der Vertrag ist ein einziger, einheitlicher; der einzelne Gesellschafter will nicht mit jedem der anderen Gesellschafter für sich, sondern mit ihnen zusammen kontrahieren. Dabei ist es indessen nicht ausgeschlossen, dass ein

Gesellschafter auf die Beteiligung dieses oder jenes anderen Gesellschafters keinen besonderen Wert legt, dass ihm dieselbe gleichgültig, für seinen eigenen Beitritt zur Gesellschaft nicht von entscheidendem Einfluss ist. Diesem Gedanken gibt auch das Gesetz Raum. Ist nur die Erklärung (des Beitritts) eines oder einiger von mehreren Gesellschaftern nichtig, so ist nach § 139 B.G.B. über die Nichtigkeit der Gesellschaft zu entscheiden.[1]) Dieser Paragraph führt dazu, in einem solchen Falle den ganzen Gesellschaftsvertrag für nichtig zu erklären, wenn nicht den Umständen nach anzunehmen ist, dass der Vertrag von den Gesellschaftern, deren Beitrittserklärungen rechtsgültig abgegeben sind, auch ohne die Beteiligung des oder der anderen Gesellschafter, deren Erklärungen nichtig sind, abgeschlossen worden wäre. Ob eine solche Annahme gerechtfertigt ist, muss die Auslegung im einzelnen Fall ergeben. Im allgemeinen wird man sagen können, dass der ganze Gesellschaftsvertrag in einem solchen Fall nichtig ist, wenn er nur von zwei Personen geschlossen wurde, und dass im übrigen die Entscheidung davon abhängig zu machen sein wird, ob die Gesellschafter der Beteiligung derer, die wegen Nichtigkeit ihrer Beitrittserklärungen nicht Gesellschafter geworden sind, eine grössere oder geringere Bedeutung beilegen; je grösser die Zahl der Gesellschafter ist, desto weniger wird anzunehmen sein, dass wegen Wegfalls einer oder mehrerer Personen die Gesellschaft nichtig ist, sofern nicht die wegfallenden Personen eine besonders wichtige Stellung (vermöge z. B. finanzieller oder technischer Leist-

---

[1]) Vgl. Natter, Die teilweise Nichtigkeit der Rechtsgeschäfte 1907, S. 103 f.

tragen) in der zu errichtenden Gesellschaft hätten einnehmen sollen.

Im Folgenden sollen die hauptsächlichsten Fälle der Nichtigkeit einzelner Beitrittserklärungen kurz behandelt werden, ohne dass die Aufzählung den Anspruch erheben würde, erschöpfend zu sein:

Mentalreservation.

Nach § 116 B.G.B. ist eine Willenserklärung nicht deshalb nichtig, weil sich der Erklärende insgeheim vorbehalt das Erklärte nicht zu wollen. Schliesst also jemand einen Gesellschaftsvertrag mit dem geheimen Vorbehalt, nicht Gesellschafter werden zu wollen, so wird er trotz des Vorbehalts Gesellschafter. Kennt der andere Gesellschafter oder wenn es mehr als zwei sind, kennen sämtliche anderen Gesellschafter den Vorbehalt, so ist nach § 116 Absatz 2 die Erklärung und damit die Gesellschaft nichtig. Keine ausdrückliche Regel enthält das Gesetz für den Fall, dass von den mehreren anderen Gesellschaftern nur der eine oder andere vielleicht auch mehrere, aber nicht alle den Vorbehalt kennen. Eine wörtliche Anwendung des § 116 würde hier dazu führen, die Erklärung den „Wissenden" gegenüber als nichtig, im Verhältnis zu den anderen Gesellschaftern aber als gültig zu behandeln. Dieses Ergebnis verträgt sich nicht mit der einheitlichen Natur des Gesellschaftsverhältnisses. Entweder kommt in solchem Fall der nichtigen Erklärung im Zusammenhang mit der Erkenntnis des Vorbehalts so grosse Bedeutung zu, dass den Umständen nach die Nichtigkeit des ganzen Gesellschaftsvertrags anzunehmen ist, oder es ist die nichtige Erklärung im Verhältnis zu den gültig und ohne

Kenntnis des Vorbehalts abgegebenen Erklärungen so unwichtig, dass die Gültigkeit des Vertrags hiedurch nicht berührt wird und der mit Vorbehalt den Vertrag abschliessende Gesellschafter allen Genossen gegenüber an seine Erklärung gebunden ist.

Scheingeschäft.

Haben zwei Personen einen Gesellschaftsvertrag nur zum Schein im Einverständnis abgeschlossen, so ist der Vertrag gemäss § 117 B.G.B. nichtig. Sind aber ausser diesen beiden noch andere Gesellschafter vorhanden, welche nicht wissen, dass die beiden den Vertrag nur zum Schein abgeschlossen haben, so liegen im Verhältnis der beiden Scheinkontrahenten zu den anderen Gesellschaftern nur Mentalreservationen vor. Es finden also die oben bezüglich der Mentalreservation dargelegten Grundsätze Anwendung; die Folge ist, dass wenn den Umständen nach die Gültigkeit des Gesellschaftsvertrags anzunehmen ist, auch die Scheinkontrahenten unter sich an den Vertrag gebunden sind.

Scherz.

Gibt ein Kontrahent eine nicht ernstlich gemeinte Beitrittserklärung in der Erwartung ab, der Mangel der Ernstlichkeit werde nicht verkannt werden, so ist seine Erklärung nach § 118 B.G.B. nichtig. Die unter Umständeu eintretende Schadenersatzpflicht des Scherzenden (vgl. § 122 B.G.B.) kommt in diesem Zusammenhang nicht weiter in Betracht.

Irrtum.[1])

War der Kontrahent bei Abgabe der Beitrittserklärung über deren Inhalt im Irrtum oder wollte er eine Erklärung dieses Inhalts überhaupt nicht abgeben, wollte er z. B. sich nur verpflichten, der Gesellschaft als Angestellter Dienste zu leisten, so kann er die Beitrittserklärung anfechten, wenn anzunehmen ist, dass er sie bei Kenntnis der Sachlage und verständiger Würdigung des Falles nicht abgegeben haben würde. Auch in diesem Fall tritt unter Umständen als Folge erfolgreicher Anfechtung die Schadenersatzpflicht des § 122 B.G.B. ein. Dasselbe wie bei Irrtum eines Kontrahenten gilt für den Fall unrichtiger Uebermittlung und deshalb erfolgter Anfechtung.

Täuschung.

Ist ein Gesellschafter durch arglistige Täuschung zum Abschluss des Gesellschaftsvertrags bestimmt worden, und ist derjenige, der die Täuschung verübt hat, auch ein Gesellschafter, so ist der Getäuschte nach § 123 Absatz 1 B.G.B. berechtigt, die Erklärung anzufechten. Die Anfechtung erfolgt durch Erklärung gegenüber dem andern Teil (§ 143 B.G.B.) d. h. gegenüber den andern Gesellschaftern; doch wird es genügen, wenn die Anfechtungserklärung gegenüber einem zur Geschäftsführung berechtigten Gesellschafter abgegeben wird. Dies gilt auch, wenn ausser dem Täuschenden und dem Getäuschten noch weitere

---

[1]) Vgl. Entscheidung des Reichsgerichts vom 12. Februar 1902, Bd. 51 Seite 33 ff. Hier ist anerkannt, dass die Nichtigkeit einer Commanditgesellschaft anzunehmen sei, wenn einzelne Commanditisten zur Eingehung des Gesellschaftsvertrags durch Irrtum veranlasst und der Vertrag von ihnen angefochten sei.

Gesellschafter vorhanden sind, welche von der Täuschung keine Kenntnis haben. Es folgt dies aus dem Abs. 2 des § 123, wo das Anfechtungsrecht eingeschränkt ist für den Fall, dass ein Dritter die Täuschung verübt hat. In diesem Absatz 2 Satz 1 ist ein Dritter in Gegensatz gestellt zu einem „Andern, dem gegenüber die Erklärung abzugeben war." Abzugeben war die Beitrittserklärung gegenüber den andern Vertragsteilnehmern, also kann ein Dritter im Sinne dieses Satzes nur ein ausserhalb des Gesellschaftsvertrags Stehender sein. Die Ansicht, dass C für die Erklärung des A gegenüber B und ebenso B für die Erklärung des A gegenüber C ein Dritter sei, kann nicht geteilt werden. Denn die Beitrittserklärung kann wohl tatsächlich gegenüber nur einem Gesellschafter abgegeben werden, aber rechtlich ist sie allen Gesellschaftern gegenüber abzugeben. Es folgt dies aus der oben dargelegten rechtlichen Natur des Gesellschaftsvertrags. Hieraus ergibt sich im Zusammenhang mit § 123 Abs. 1, dass die Anfechtung wegen arglistiger Täuschung immer zulässig ist, wenn ein Gesellschafter die Täuschung verübt hat. Hat dagegen ein Dritter, also ein Nichtgesellschafter die Täuschung begangen, so ist der Getäuschte nur anfechtungsberechtigt, wenn einer der anderen Gesellschafter die Täuschung kannte, oder kennen musste. Aus der Wortfassung könnte man zwar entnehmen, dass alle Gesellschafter die Täuschung hätten kennen müssen, denn wie schon oben gesagt, sind eben unter dem „anderen, dem gegenüber die Erklärung abzugeben war" die übrigen Gesellschafter zu verstehen. Bei dem eigenartigen Bau des Gesellschaftsvertrags ist es indessen undenkbar, dass die Erklärung dem wissenden Gesellschafter gegenüber an-

fechtbar, also nach erfolgter Anfechtung nichtig sein sollte, gleichzeitig aber den in Unkenntnis der Täuschung befindlichen Gesellschaftern gegenüber Geltung behalten könnte. Dieser Folgerung kann man nur dadurch ausweichen, dass man annimmt, die Kenntnis oder das Kennenmüssen auch nur eines einzigen Gesellschafters berechtige den durch einen Dritten getäuschten Gesellschafter zur Anfechtung. Wenn eine derartige Anfechtung erfolgt, so ist die Frage, ob hiedurch nicht gemäss § 139 B.G.B. der ganze Gesellschaftsvertrag nichtig wird, nach den oben (S. 16, 17) aufgeführten Gesichtspunkten zu beantworten.

Drohung.

Ist einer der Kontrahenten widerrechtlich durch Drohung zum Vertragsschluss bestimmt worden, so kann er seine Erklärung stets anfechten, gleichgültig, ob die Drohung von einem Mitkontrahenten oder einem Dritten ausging.

Ist anzunehmen, dass die durch Anfechtung bewirkte Nichtigkeit einer Beitrittserklärung dazu führen würde, den ganzen Gesellschaftsvertrag nichtig zu machen, so liegt es auf der Hand, dass der Anfechtungsberechtigte über Sein und Nichtsein der Gesellschaft entscheiden kann. Bei seiner Entscheidung wird er aber die Möglichkeit einer nach § 122 B.G.B. eintretenden Schadensersatzpflicht wohl zu beachten haben.

Ein Gesellschaftsvertrag, der gegen ein gesetzliches Verbot oder die guten Sitten verstossen würde, oder der auf eine unmögliche Leistung gerichtet wäre, wäre nach §§ 134, 138, 306 B.G.B. vorbehältlich der Bestimmungen der §§ 307, 308, 309 nichtig.

Ebenso ist ein Vertrag nichtig, dessen Inhalt gegen das Wesen einer Gesellschaft verstösst, weil z. B. die Abreden über Gewinn und Verlust den Erfordernissen eines Gesellschaftsvertrags widersprechen oder weil vereinbart ist, dass von zwei Gesellschaftern der eine nur zum Schein als Gesellschafter figurieren, in Wirklichkeit aber Handlungsgehilfe sein solle; in letzterem Falle würde die Gesellschaft nur aus einem Gesellschafter bestehen, was begrifflich ausgeschlossen ist.

Form.

Ferner ist nichtig ein Vertrag, welcher der vorgeschriebenen Form entbehrt und zwar, wenn die Form gesetzlich vorgeschrieben ist, unbedingt, wenn das Formerfordernis rechtsgeschäftlich festgesetzt ist, nach dem Ausdruck des Gesetzes „im Zweifel", d. h. wenn nicht Umstände vorliegen, denen eine andere Absicht der Parteien zu entnehmen ist. Für den Gesellschaftsvertrag ist weder im B.G.B. noch im Handelsgesetzbuch eine Form vorgeschrieben. Eine solche kann aber nötig werden, z. B. wenn nach dem Inhalt des Vertrags ein Gesellschafter sich verpflichtet, das Eigentum an einem Grundstück auf die Gesellschaft zu übertragen. Auch wenn sämtliche Mitglieder der Gesellschaft Miteigentümer eines Grundstücks sind, das sie in die Gesellschaft einbringen, ist gerichtliche oder notarielle Beurkundung des Vertrags erforderlich. Dieselbe Form ist vorgeschrieben, wenn jemand durch den Gesellschaftsvertrag sein ganzes Vermögen oder einen Bruchteil desselben auf die Gesellschaft überträgt.

Wird die Form nicht beachtet, so ist jedenfalls die Einzelbestimmung, welche die Form erforderlich machte,

nichtig und es ist nach Lage der Umstände zu entscheiden, ob trotzdem der Gesellschaftsvertag gültig ist.

Schliesslich sind noch zu erörtern die Fälle, wo ganz oder teilweise geschäftsunfähige Personen am Vertragsschlusse beteiligt sind. Nach § 105 B.G.B. ist die Willenserklärung eines Geschäftsunfähigen nichtig. Wer geschäftsunfähig ist, bestimmt § 104. Nichtig ist auch die Willenserklärung eines Geschäftsfähigen, die im Zustande der Bewusstlosigkeit oder vorübergehender Störung der Geistestätigkeit abgegeben wird. Wenn also bei einem der Contrahenten des Gesellschaftsvertrags einer dieser Fälle vorliegt, so ist der Vertrag jedenfalls insoweit nichtig, als er sich auf die Beteiligung desjenigen bezieht, dessen Erklärung nichtig ist. Ob der Gesellschaftsvertrag unter den übrigen Contrahenten wirksam bleibt oder überhaupt nichtig ist, hängt von den Umständen ab.

Gewisse Personen sind zwar nicht geschäftsunfähig, aber auch nicht voll geschäftsfähig. Hieher gehören Minderjährige (§ 107 B.G.B.) und solche Personen, die wegen Geistesschwäche, Verschwendung oder Trunksucht entmündigt (§ 6 B.G.B.) oder nach § 1906 B.G.B. zur Abwendung einer erheblichen Gefährdung ihrer Person oder ihres Vermögens unter vorläufige Vormundschaft gestellt sind (§ 114). Eine solche Person bedarf zu einer Willenserklärung, durch die sie nicht lediglich einen rechtlichen Vorteil erlangt, der Einwilligung ihres gesetzlichen Vertreters. Durch den Abschluss eines Gesellschaftsvertrags erlangt der Gesellschafter nicht lediglich einen rechtlichen Vorteil, da er auch Verpflichtungen (Beitragsleistung) übernehmen muss. Wenn also eine in der Geschäftsfähigkeit beschränkte Person einen Gesellschaftsvertrag schliessen

will, so bedarf sie hiezu der Einwilligung ihres gesetzlichen Vertreters. Schliesst sie den Vertrag ohne diese Einwillligung, so ist derselbe demnach nicht wirksam, aber auch nicht ganz unwirksam. Die Wirksamkeit hängt von der Genehmigung des gesetzlichen Vertreters ab. Wird diese Genehmigung verweigert — durch Erklärung gegenüber dem in der Geschäftsfähigkeit beschränkten oder gegenüber der anderen Vertragspartei, wenn aber der andere Teil den gesetzlichen Vertreter zur Erklärung über die Genehmigung auffordert, nur durch Erklärung gegenüber dem anderen Teil, wobei eine schon vorher dem beschränkt Geschäftsfähigen gegenüber erfolgte Genehmigung oder Verweigerung der Genehmigung ihre Wirksamkeit verliert — so steht fest, dass die Beitrittserklärung des beschränkt Geschäftsfähigen nichtig ist. Dasselbe ist anzunehmen, wenn die Genehmigung als verweigert gilt; letzteres ist der Fall, wenn die Genehmigung nicht vor dem Ablauf von 2 Wochen nach dem Empfang der Aufforderung von dem gesetzlichen Vertreter erklärt wird.

Erteilt der Vertreter die Genehmigung, so wird im allgemeinen die Willenserklärung wirksam. Indessen gilt auch dann eine Besonderheit, wenn es sich um den Abschluss eines Gesellschaftsvertrags handelt, der zum Betrieb eines Erwerbsgeschäfts eingegangen wird. Um einen solchen Gesellschaftsvertrag handelt es sich zweifellos, wenn eine offene Handelsgesellschaft gegründet wird. In diesem Fall wird die Beitrittserklärung auch durch die Genehmigung des gesetzlichen Vertreters nicht wirksam, bezw. kann auch der gesetzliche Vertreter die Beitrittserklärung nicht wirksam abgeben; vielmehr ist hier noch die Genehmigung des Vormundschaftsgerichts erforderlich (§§ 1822

Ziffer 3, 1643, 1897 B.G.B.)[1]). Es tritt also wieder ein Schwebezustand ein, sofern nicht die Einwilligung des Vormundschaftsgerichts von vornherein vorliegt. Die Genehmigung des Vormundschaftsgerichts kann nur dem gesetzlichen Vertreter gegenüber erklärt werden; sie wird, wenn sie nachträglich erteilt wird, dem anderen Teil gegenüber erst wirksam, wenn sie ihm durch den gesetzlichen Vertreter mitgeteilt wird. Letzterer kann durch den anderen Teil zur Erklärung darüber aufgefordert werden, ob die Genehmigung erteilt sei und die Genehmigung gilt als verweigert, wenn der gesetzliche Vertreter nicht vor dem Ablauf von zwei Wochen nach dem Empfang der Aufforderung dem anderen Teil mitteilt, dass die Genehmigung erfolgt sei. Die in den angeführten Fällen eintretende Schwebezeit kann ausser durch den infolge der Aufforderung zur Erklärung über die Genehmigung eintretenden Fristablauf unter Umständen anch durch Widerruf des anderen Teils beendigt werden. Ueber die Zulässigkeit des Widerrufs treffen die §§ 109 und 1830 B.G.B. Bestimmungen.

Wenn im Vorhergehenden von „Erklärung oder Verweigerung der Genehmigung gegenüber dem anderen Teil“ und von „Widerruf des anderen Teils“ die Rede ist, so bedarf noch die Frage der Erörterung, ob unter dem „anderen Teil“ die Gesamtheit der anderen Gesellschafter zu verstehen ist oder ob es genügt, wenn die Erklärung nur gegenüber bezw. von einem der anderen Gesellschafter ab-

[1]) Vgl. E.R.G. vom 12. Februar 1902. Entscheidungen Bd. 51 S. 33 ff., wo eine Commanditgesellschaft für nichtig erklärt wird, weil Minderjährige beteiligt seien und das Vormundschaftsgericht seine Genehmigung versagt habe.

gegeben wird. Das Recht zum Widerruf wird man jedem einzelnen Gesellschafter zugestehen müssen, in dessen Person die Voraussetzungen des Widerrufsrechts vorliegen, aber nur mit der Wirkung, dass der betreffende Gesellschafter seiner Verpflichtung ledig wird. Nach den Umständen ist dann zu entscheiden, ob der Vertrag unter den anderen Gesellschaftern wirksam bleibt oder infolge des Wegfalls dieses Gesellschafters überhaupt nichtig wird. Anders ist zu entscheiden, wenn ein Widerrufsrecht ausscheidet und die Gültigkeit der Erklärung von der Erteilung oder Verweigerung der Genehmigung abhängt. Meines Erachtens genügt die Aufforderung auch nur eines der anderen Gesellschafter, um die zweiwöchentliche Frist in Lauf zu setzen und ebenso ist die auch nur einem Gesellschafter gegenüber erklärte Genehmigung bezw. Verweigerung der Genehmigung allen Gesellschaftern gegenüber wirksam.

In diesem Zusammenhang mag auch noch die Frage erörtert werden, ob eine Ehefrau wirksam einen Gesellschaftsvertrag abschliessen kann. Diese Frage ist grundsätzlich zu bejahen, da das Bürgerliche Gesetzbuch keinen ehelichen Güterstand kennt, der die Frau in der Geschäftsfähigkeit beschränken würde, und auch die Eingehung einer Ehe keine derartige Folge für die Frau hat. Eine Ausnahme gilt nach Art. 200 des Einführungsgesetzes zum B.G.B. nur noch für den Fall, dass die Ehefrau nach den für den bisherigen vor 1900 bestandenen und fortdauernden Güterstand massgebenden Gesetzen infolge des Güterstands oder der Ehe in der Geschäftsfähigkeit beschränkt ist; diese Beschränkung bleibt bestehen, solange der bisherige Güterstand fortdauert.

Damit mag es genug sein an Einzelheiten. Es ist ja nicht der Zweck dieser Darstellung, alle denkbaren Möglichkeiten aufzuzählen und zu untersuchen, in welchen der Gesellschaftsvertrag wegen ihm anhaftender Mängel nichtig sein kann. Vielmehr sollten zunächst die Voraussetzungen der Nichtigkeit des Gesellschaftsvertrags nach der Richtung hin einer Betrachtung unterzogen werden, ob als solche Voraussetzungen — von Modifikationen, welche die eigentümliche Natur des Gesellschaftsverhältnisses mit sich bringt, abgesehen — eben dieselben erscheinen können, welche nach den allgemeinen Lehren des bürgerlichen Rechts die Nichtigkeit eines Rechtsgeschäfts, bezw. speciell die Nichtigkeit eines gegenseitigen Vertrags herbeiführen. Zu erörtern war demgemäss, ob Gründe vorliegen, welche in Hinsicht auf den Gesellschaftsvertrag der offenen Handelsgesellschaft zu einer Abweichung von den allgemeinen Vorschriften des B.G.B. über nichtige Rechtsgeschäfte führen und bejahendenfalls, in welchen Fällen solche Abweichungen im einzelnen eintreten sollen. Die Notwendigkeit einer Abweichung wurde oben verneint und es erschien nur noch angemessen, einige bemerkenswerte Punkte kurz herauszugreifen.

B.

Folgen der Nichtigkeit.

---

§ 4.

Im Verhältnis der Beteiligten unter einander.

Haben mehrere Personen einen Gesellschaftsvertrag zwecks Errichtung einer offenen Handelsgesellschaft geschlossen, ist aber der Gesellschaftsvertrag nichtig, und damit die offene Handelsgesellschaft nichtig, so erhebt sich zunächst die Frage, wie sich die rechtlichen Beziehungen der Beteiligten zu einander gestalten. Vorausgesetzt ist im folgenden, soweit nicht ein anderes gesagt ist, immer, dass noch keine Rechtsbeziehungen der scheinbaren offenen Handelsgesellschaft, die, um einen kurzen Ausdruck zu gewinnen, einfach Vereinigung genannt sei, zu Dritten entstanden sind.

Klar ist, dass jeder Beteiligte, d. h. an der nichtigen Gesellschaft oder Vereinigung Beteiligte den anderen Beteiligten gegenüber die Nichtigkeit geltend machen kann. Wenn ein Beteiligter von einem anderen die Leistung des versprochenen Beitrags verlangt, so kann derselbe den Beitrag verweigern. Denn die Verpflichtung zur Beitragsleistung beruht auf dem (nichtigen) Gesellschaftsvertrag;

aus einem nichtigen Vertrag können aber keine Verbindlichkeiten hergeleitet werden.

Verwickelter gestaltet sich die Sachlage, wenn einzelne Beiträge von den Beteiligten schon geleistet sind, und sich hiedurch ein von dem Vermögen der einzelnen Beteiligten tatsächlich gesondertes Gesellschaftsvermögen gebildet hat. Bei einer rechtlich bestehenden offenen Handelsgesellschaft werden die als Beiträge eingebrachten Gegenstände Vermögen der Gesellschaft, sie gehören den Gesellschaftern zusammen zur gesamten Hand. Der einzelne Gesellschafter hat weder Eigentumsrecht an einer Quote der zum Gesellschaftsvermögen gehörigen Sachen, noch ein nach Quoten geteiltes Anteilsrecht am Gesellschaftsvermögen. Vergl. B.G.B. § 719, wonach kein Gesellschafter über seinen Anteil am Gesellschaftsvermögen oder an den einzelnen dazu gehörigen Stücken verfügen kann, auch nicht Teilung verlangen kann. Diese Wirkungen können natürlich nicht eintreten, wenn der Gesellschaftsvertrag nichtig ist. Doch folgt aus der Nichtigkeit des Gesellschaftsvertrags noch nicht, dass die Uebertragung der eingebrachten Gegenstände auf die Vereinigung d. h. auf die Gesamtheit der Beteiligten ebenfalls nichtig ist. Die Uebertragung, sei es Abtretung von Rechten oder Eigentumsübertragung an körperlichen Gegenständen, ist ein rechtlicher Akt, dessen Wirksamkeit selbständiger Beurteilung unterliegt, ganz ohne Rücksicht auf das zu Grunde liegende, den Beweggrund zu der Uebertragung bildende, sogenannte kausale Rechtsgeschäft.[1]) Ist ein Recht sbgetreten oder das Eigen-

[1]) Vgl. das die Selbständigkeit des dinglichen Aktes besonders scharf betonende Urteil des Reichsgerichts vom 24. Oktober 1906 in der Juristischen Wochenschrift 1906 S. 383 No. 11.

tum an einer Sache übertragen worden, so ist das Recht, das Eigentum auf den anderen Teil übergegangen. Mag die Uebertragung auch anfechtbar sein, so ist sie doch wenigstens zunächst rechtswirksam; erst wenn die Anfechtung tatsächlich erfolgt, macht sie den Uebertragungsakt nachträglich nichtig. Wohl zu unterscheiden ist hiebei die Anfechtbarkeit und die Anfechtung des kausalen Rechtsgeschäfts und die Anfechtbarkeit bezw. Anfechtung des abstrakten Uebertragungsaktes. Die Anfechtung des kausalen Rechtsgeschäfts ändert an der Rechtswirksamkeit des Uebertragungsaktes nichts. Nur wenn der Uebertragungsakt selbst mit Grund angefochten oder sonst nichtig ist, z. B. wegen Geschäftsunfähigkeit des Uebertragenden, hat eine rechtswirksame Uebertragung nicht stattgefunden. In diesem Falle bleibt das Eigentum bezw. das abgetretene Recht bei dem Veräusserer und derselbe kann sein Eigentum oder sonstiges Recht in gleicher Weise geltend machen, wie wenn eine Veräusserung nicht erfolgt wäre, was rechtlich betrachtet auch der Fall ist. Es wird zur Uebersichtlichkeit der Darstellung beitragen, diese Grundsätze an einem Beispiel zu erläutern:

A, B und C schliessen am 1. Januar einen Gesellschaftsvertrag, dessen Zweck auf den Betrieb eines Handelsgewerbes unter der Firma „B & Co." gerichtet ist; bei keinem der Gesellschafter ist die Haftung gegenüber den Gesellschaftsgläubigern beschränkt. A verpflichtet sich, 100 000 Mk., B 20 000 Mk., einzulegen, C verpflichtet sich, sein Fabrikgebäude der Gesellschaft zu Eigentum zu übertragen. Der Vertrag ist formgerecht abgeschlossen; die Einlagen sind vertragsgemäss am 1. Februar zu leisten. Am 2. Februar stellt sich heraus, dass A schon vor dem

1. Januar wegen Geisteskrankheit entmündigt worden ist. Es ergibt sich aus den Umständen, dass B und C den Gesellschaftsvertrag nicht geschlossen hätten, wenn ihnen die Entmündigung des A bekannt gewesen wäre. Der Gesellschaftsvertrag ist also nichtig, die offene Handelsgesellschaft „B & Co." besteht rechtlich nicht. Nun sind 3 Fälle zu unterscheiden:

1. Fall.

Kein Beteiligter hat seine Einlage geleistet. Dann ist auch keiner befugt, von einem der anderen die Leistung seiner Einlage zu verlangen. Dass A nicht zu leisten braucht, ist ohne weiteres klar. Aber auch B kann von C nicht verlangen, dass dieser seine Fabrik an die Firma „B & Co." auflasse, ebensowenig kann C den B auf Zahlung von 20 000 Mk. an die genannte Firma verklagen. Denn da der ganze Gesellschaftsvertrag nichtig ist, besteht auch keine Verbindlichkeit aus ihm. In einem etwa von C gegen B angestrengten Prozesse auf Leistung der versprochenen Einlage könnte B nach § 139 B.G.B. mit Erfolg die Nichtigkeit des Gesellschaftsvertrags geltend machen, wobei er nur zu beweisen brauchte, dass A zur Zeit des Vertragsschlusses wegen Geisteskrankheit entmündigt war. C könnte dem gegenüber den Nachweis zu erbringen versuchen, dass B den Gesellschaftsvertrag mit ihm auch ohne den nichtigen Teil, also auch dann geschlossen haben würde, wenn er gewusst hätte, dass die Erklärung des A nichtig sei. Gelingt ihm dieser Nachweis nicht, wie es hier vorausgesetzt ist, so ist seine Klage abzuweisen. Die Lage ist also dieselbe, wie wenn der Vertrag vom 1. Januar überhaupt nicht abgeschlossen worden wäre. Eine Aenderung in den Rechtsverhältnissen

der Beteiligten ist infolge des Vertrags nicht eingetreten; es bleibt demnach alles wie zuvor.

2. Fall.

B hat am 1. Februar dem C die versprochene Einlage von 20 000 Mk. übergeben, C hat dieselbe in Empfang genommen und in die Gesellschaftskasse gelegt. Um den rechtlichen Erfolg dieser Handlungen zu erkennen, bedarf es der genauen Feststellung der in ihnen enthaltenen Willenserklärungen. B erklärt durch die Hingabe der 20 000 Mk. an C: „Ich will gemäss meiner Verpflichtung vom 1. Januar mein Eigentum an diesen 20 000 Mk. auf die offene Handelsgesellschaft „B & Co.“ übertragen. C erklärt durch die Annahme der von B gebotenen Summe: „Ich will namens der offenen Handelsgesellschaft „B & Co.“ das Eigentum an diesen 20 000 Mk. für die Firma „B & Co.“ erwerben.“ Oder wenn man beide Erklärungen zusammenfasst, erklären B und C: „Wir sind darüber einig, dass das Eigentum an diesen 20 000 Mk. auf die offene Handelsgesellschaft „B & Co.“ übergeht.“ Hienach kann kein Zweifel sein, dass zwischen B und C ein Uebereignungsvertrag zu Gunsten der offenen Handelsgesellschaft „B & Co.“ abgeschlossen worden ist, durch den in Verbindung mit der erfolgten Uebergabe die offene Handelsgesellschaft „B & Co.“ Eigentum an den 20 000 Mk. erworben haben würde, wenn sie eben als offene Handelsgesellschaft bestände. Denn nach § 124 H.G.B. kann eine offene Handelsgesellschaft unter ihrer Firma Rechte erwerben usw.; nach § 114 H.G.B. in Verbindung mit § 115 daselbst ist jeder Gesellschafter zur Führung der Geschäfte der Gesellschaft berechtigt. Im vorliegenden Fall besteht nun aber gar keine offene Handelsgesellschaft „B & Co.“

Eine Gesellschaft, die nicht besteht, kann auch keine Rechte erwerben. Zu beachten ist nun, dass eine offene Handelsgesellschaft keine juristische Person ist, dass Rechte, die von einer offenen Handelsgesellschaft erworben werden, nicht der Gesellschaft als einer von der Person der Gesellschafter verschiedenen Rechtspersönlichkeit zustehen, sondern der Gesamtheit der Gesellschafter. Bei einer nichtigen offenen Handelsgesellschaft gibt es keine „Gesellschafter"; es kann also keine Rede davon sein, dass die „Gesellschafter" Eigentümer der 20 000 Mk. geworden wären. Fraglich erscheint aber, ob nicht die Beteiligten eben als „Beteiligte" Eigentümer geworden sind. Nach der Absicht von B und C sollte eine Uebereignung nur erfolgen an die Gesamtheit der Beteiligten, also an A, B und C zusammen. Alle drei sollten Eigentümer zur gesamten Hand an den 20 000 Mk. werden. Es kann nicht als die Absicht des B und C bei dem Uebereignungsakt angesehen werden, dass A, B und C je zu einem Drittel oder zu einer anderen Quote Eigentümer an den 20 000 Mk. werden sollten, sondern das Eigentum sollte der Gesamtheit der Beteiligten in der Art zustehen, wie es bei einer offenen Handelsgesellschaft der Fall ist. Eine derartige Gesamtheit der Beteiligten, die unter sich verbunden wären wie die Gesellschafter einer offenen Handelsgesellschaft ist aber gar nicht vorhanden. Da A geschäftsunfähig ist, C also nicht als für A handelnd, mit anderen Worten als Vertreter des A angesehen werden kann, so ist C auch nicht in der Lage, für sich, B und A zusammen das Eigentum an den 20 000 Mk. zur gesamten Hand zu erwerben. C tritt zwar tatsächlich als Vertreter des A auf, indem er auch für diesen Eigentum erwerben will, aber in Wirklichkeit hat er keine Vertretungsmacht,

kann also für A kein Eigentum erwerben. Eigentum für sich allein oder für sich und B zusammen will C nicht erwerben, ebensowenig als ein solcher Eigentumserwerb der Absicht des B entspricht. Aus dem Gesagten folgt: Das Eigentum an den 20 000 Mk. ist weder auf A, B und C zusammen als Eigentümer zur gesamten Hand, noch auf B und C zusammen, noch auf einen der drei Beteiligten allein übergegangen. Andere Personen kommen als Erwerber nicht in Betracht. Entweder ist demnach B Eigentümer geblieben oder sind die 20000 Mk. nach § 959 B.G.B. herrenlos geworden. In dem Uebereignungsakt kann nun eine Absicht des B, auf sein Eigentum zu verzichten, nicht gefunden werden, denn B wollte nicht sein Eigentum überhaupt, sondern nur sein Alleineigentum als solches aufgeben und dieses in eine andere Art des Eigentums, in ein Miteigentum zur gesamten Hand, umwandeln. Auch liegt in der Uebergabe von Geld an den Mitgesellschafter als Einlage zur Kasse keine Aufgabe des Besitzes, sondern nur die Einräumung eines Mitbesitzes. Letzteres gilt auch, wenn die Gesellschaft nichtig ist, da es sich beim Besitze nur um tatsächliche Verhältnisse handelt. Herrenlos sind demnach die 20 000 Mk. nicht geworden, sondern das Eigentum daran ist bei B geblieben.

B kann also, wenn er einen Schlüssel zur Kasse besitzt, die 20 000 Mk. einfach herausnehmen und als sein Eigentum behandeln. Falls C die Herausgabe verweigert, kann B auf Grund seines Eigentums Herausgabe im Prozesswege verlangen. Auch in diesem Falle braucht er nur die Nichtigkeit der Erklärung des A zu beweisen, wogegen dem C der Beweis offen steht, dass trotzdem die Gesellschaft zwischen ihm und B zustande gekommen sei.

Das gleiche Resultat würde sich ergeben, wenn B die 20 000 Mk. nicht dem C übergeben, sondern einfach in die Gesellschaftskasse gelegt hätte. Mit dieser Handlung wäre bei einer gültigen offenen Handelsgesellschaft diese Eigentümerin geworden. Es läge dann ein Vertragsschluss des B im Namen der Gesellschaft mit B im eigenen Namen vor, dessen Gültigkeit der § 181 B.G.B. nicht entgegenstände, da das Einbringen einer vertragsmässig zu leistenden Einlage ausschliesslich als Erfüllung einer Verbindlichkeit erscheint. Da die offene Handelsgesellschaft nichtig ist, kann B, ebenso wie es oben bei C dargelegt ist, nicht für alle Beteiligten zusammen oder für einen derselben Eigentum erwerben; er bleibt Eigentümer.

3. Fall.

C hat am 1. Februar der offenen Handelsgesellschaft „B & Co." sein Fabrikgrundstück aufgelassen. Dies setzt die Eintragung der Firma im Handelsregister voraus, da derjenige Gesellschafter, der die Auflassung entgegennimmt, seine Vertretungsmacht durch ein Zeugnis des Registergerichts nachweisen muss. Ist die offene Handelsgesellschaft als Eigentümerin des Grundstücks im Grundbuch eingetragen, so ist formell das Eigentum auf sie übergegangen. Materiell ist sie nicht Eigentümerin, da sie ja nicht besteht, ebensowenig sind nach dem oben Ausgeführten die Beteiligten A, B und C Eigentümer geworden, sondern das Eigentum ist bei C geblieben. Das Grundbuch ist also unrichtig. Demnach hat C, weil das Grundbuch mit der wirklichen Rechtslage nicht im Einklange steht, gemäss § 894 B.G.B. einen Anspruch auf Berichtigung des Grundbuchs. Dieser Anspruch richtet sich gegen A und B;

denn das formale Recht des A und des B wird durch die Berichtigung betroffen. Zur Sicherung seines Anspruchs auf Berichtigung kann C nach § 899 B.G.B. einen Widerspruch gegen die Richtigkeit des Grundbuchs eintragen lassen. Von diesem Rechte wird er zweckmässiger Weise sofort Gebrauch machen, da sein Eigentum durch die formale Rechtsstellung des A und B der Gefahr ausgesetzt ist, ihm entzogen zu werden. Hiebei kommt ihm in Ansehung der Erwirkung der Eintragung des Widerspruchs durch eine einstweilige Verfügung die Erleichterung zu statten, dass er eine Gefährdung seines Eigentums nicht glaubhaft zu machen braucht.

Nach dem bisher Ausgeführten wird sich die Auseinandersetzung der Beteiligten ziemlich einfach gestalten, solange die Vereinigung noch nicht im Verkehr handelnd aufgetreten ist. Complicierter wird die Auseinandersetzung, wenn die Vereinigung schon mit Dritten Geschäfte abgeschlossen hat. Hierüber kann erst dann in Erörterungen eingetreten werden, wenn die Frage gelöst ist, wie sich die Rechtsbeziehungen der Beteiligten zu Dritten gestalten.

---

§ 5.

Im Verhältnis zu Dritten.

I.

Ist bei einer offenen Handelsgesellschaft der Gesellschaftsvertrag und damit die Gesellschaft als solche nichtig, so ist diese Nichtigkeit eine absolute, d. h. sie berührt nicht nur das Verhältnis der Beteiligten unter einander,

sondern auch das Verhältnis der Beteiligten zu dritten, ausserhalb der Vereinigung stehenden Personen. Wie schon oben erwähnt, liegt es auf der Hand, dass die Nichtigkeit einer offenen Handelsgesellschaft schwere Nachteile für den Rechtsverkehr mit sich bringt. Solche Nachteile treten insbesondere dann hervor, wenn eine (nichtige) offene Handelsgesellschaft längere Zeit als offene Handelsgesellschaft im Verkehr aufgetreten ist, als solche Geschäfte abgeschlossen hat, Verbindlichkeiten eingegangen ist, deren Wirkungen sich über weite Kreise erstrecken, und nun auf einmal die Nichtigkeit der Gesellschaft geltend gemacht wird. Am schwersten sind in solchem Falle die Interessen derjenigen bedroht, welche im Vertrauen auf die Gültigkeit der offenen Handelsgesellschaft deren Gläubiger geworden sind, wenn sie z. B. die Beteiligten für ihre Forderungen gegen die Gesellschaft solidarisch haftbar machen wollen, wie dies bei einer giltigen offenen Handelsgesellschaft gesetzlich festgelegt ist, und die Beteiligten sich durch den Einwand der Nichtigkeit der Gesellschaft gegen ihre Inanspruchnahme schützen wollen. Das allgemeine Interesse der Handeltreibenden verlangt dringend einen Schutz der Gläubiger gegen solche unvorhergesehene und meist auch unvorhersehbare Einwendungen.

II.

Diesen Schutz hat die Rechtssprechung den Gläubigern der Gesellschaft seit Jahren gewährt, indem sie den Satz aufstellte: „die offene Handelsgesellschaft sei zwar nichtig, aber sie gelte zu Gunsten der Gesellschaftsgläubiger als offene Handelsgesellschaft, weil sie als solche im Verkehr aufgetreten sei.“ Der gleiche Gedanke kommt zum Ausdruck in dem Satz, wer als Teilhaber einer offenen

Handelsgesellschaft auftrete, es aber nicht sei, müsse sich trotzdem wie ein Teilhaber behandeln lassen. Dieser beachtenswerte Grundsatz, den das Reichsgericht aufstellt, soll im folgenden an der Hand einiger Reichsgerichtsentscheidungen näher erörtert werden.

Ein Urteil des Reichsgerichts aus dem Jahre 1888[1]) führt aus: „Wer zulässt, dass in seinem Namen ein anderer ein Handelsgewerbe betreibt, der betreibt dieses Handelsgewerbe, mag er auch nach der Innenseite des Verhältnisses an dem Gewerbe in keiner Weise beteiligt sein. Wer zulässt, dass ein anderer unter einer Firma, die ihn als Mitgesellschafter erscheinen lässt, ein Handelsgewerbe betreibt, ist Gesellschafter im Sinne der Bestimmungen über die Haftung bei offenen und Commanditgesellschaften, mag auch nach innen gar kein Gesellschaftsverhältnis vorliegen. Der Grund liegt nicht in Grundsätzen über die Wirkung des dolus, die immer nur zu einem Interesseersatz führen könnten, sondern darin, dass diese Verhältnisse ihrer Natur nach und besonders nach der Auffassung des Handelsgesetzbuchs sowohl eine innere wie eine äussere Seite haben und auch bei Inkongruenz dieser beiden Seiten das Rechtsverhältnis in betreff der äusseren Seite entsprechend dem mit Einwilligung des Vertretenen Kundgegebenen als bestehend erachtet wird."

Das Reichsgericht legt hier, wie daraus hervorgeht, dass in dem letzten Satze von einem „Vertretenen" die Rede ist, ein Vertretungsverhältnis zu Grunde, indem es annimmt, dass Vertretungsmacht stillschweigend durch die Duldung des Gebrauchs des Namens des Vertretenen durch

---

[1]) E.R.G. 19 Seite 197.

diesen erteilt sei. Nicht so deutlich über die rechtliche Konstruktion des Verhältnisses spricht sich das Reichsgericht in einer Entscheidung vom Jahre 1893 [1]) aus, wo es heisst: „Es kommt dann darauf nicht an, ob sie nach dem Vertrage mit Sch. und R. nur stille Gesellschafter waren und dass im Handelsregister nur Sch. und R. als Gesellschafter eingetragen sind. Ihr Auftreten als Geschäftsinhaber mit Bewilligung der eingetragenen Inhaber steht vielmehr der Kundgebung des Bestehens einer offenen Handelsgesellschaft, an der sie als Mitinhaber beteiligt sind, völlig gleich, und einer solchen Kundgebung kann der Dritte vertrauen und folgen."

Also das Kundgeben des Bestehens einer offenen Handelsgesellschaft wird hier als entscheidend angesehen: diese Kundgebung braucht nicht in der Eintragung der Gesellschafter in das Handelsregister zu bestehen, sondern kann auch auf andere Weise erfolgen. Andererseits wird die Eintragung vom Reichsgericht als genügend angesehen, wie sich aus dem Urteil vom 12. April 1896 [2]) ergibt, welches ausführt: „Wenn häufig gesagt wird, dass das innere Verhältnis zwischen den mit ihrem Willen als Gesellschafter Eingetragenen für die Frage der Existenz der (offenen) Handelsgesellschaft ganz gleichgültig sei [3]) so besteht die praktische Bedeutung dieses Satzes nur darin, dass die in solcher Weise Eingetragenen jedenfalls Dritten gegenüber rechtlich wie Gesellschafter zu behandeln sind, insbesondere auch wie solche haften; wobei übrigens hier

[1]) E.R.G. 31 Seite 39.

[2]) E.R.G. 37 Seite 60.

[3]) Diese Frage ist jetzt durch die Novelle dahin entschieden, dass ein Gesellschaftsvertrag erforderlich ist. § 105 H.G.B.

dahingestellt bleiben kann, ob dies schlechthin richtig ist oder ob, wie z. B. Cosack annimmt, diese Haftung doch solchen Dritten gegenüber, welche den wahren Sachverhalt kennen, eventuell nicht eintritt.“ Der eben citierten Ansicht Cosack's schliesst sich das Reichsgericht in einer Entscheidung vom 26. Januar 1898, von der im folgenden noch die Rede sein wird, an.

Die Entscheidung vom 17. Januar 1898[1]) behandelt den Fall, dass eine offene Handelsgesellschaft aus dem Grunde nicht besteht, weil die Gesellschaft kein Handelsgewerbe betreibt. Auch in diesem Urteil wird dem mehrerwähnten Grundsatz klarer Ausdruck gegeben: „Es ist mit der Revision die Annahme der Vorinstanz angefochten, dass der Kläger den Beklagten als Solidarschuldner auf Zahlung der ganzen Vergütung in Anspruch nehmen könne, da, wenn auch für die Gesellschaft, insofern sie kein Handelsgewerbe betreibe, durch die Eintragung derselben in das Handelsregister als offene Handelsgesellschaft der Charakter derselben nicht erworben wurde, doch in der Eintragung die Erklärung zu finden sei, dass die Gesellschafter wie Teilhaber einer offenen Handelsgesellschaft für alle Verbindlichkeiten der Gesellschaft solidarisch und mit ihrem ganzen Vermögen haften wollen. Dieser Deduktion ist jedoch beizutreten. Es entspricht allgemeinen Grundsätzen, dass der sich Dritten gegenüber Erklärende den Inhalt seiner Erklärung gegen sich gelten lassen muss, und dass, wenn eine Erklärung öffentlich und allgemein abgegeben worden, die Kraft derselben eine allgemeine ist, sodass sich jeder darauf berufen kann. Dass eine öffentliche

[1]) E.R.G. 40 Seite 146.

Erklärung ohne Rücksicht auf ihre tatsächliche Richtigkeit solche Wirkung äussert, wird auch von Staub, Commentar zum H.G.B. für analog liegende Fälle angenommen."

Das Reichsgericht beruft sich hier ohne nähere Begründung auf „allgemeine Grundsätze". Diese allgemeinen Grundsätze sind in einzelnen Beziehungen in der Novelle zum Handelsgesetzbuch zum Ausdruck gekommen und zwar gerade in der Frage, die dem eben angeführten Fall zu Grunde liegt. Nach § 5 des neuen Handelsgesetzbuchs ist nämlich, wenn eine Firma im Handelsregister eingetragen ist, gegenüber demjenigen, welcher sich auf die Eintragung beruft, die Einwendung ausgeschlossen, dass das unter der Firma betriebene Gewerbe kein Handelsgewerbe sei. Die Begründung zu der citierten Entscheidung des Reichsgerichts geht allerdings über den in § 5 H.G.B. behandelten Fall hinaus und begreift auch z. B. den Fall in sich, dass die Gesellschaft überhaupt kein Gewerbe betreibt.

In der Entscheidung vom 26. Januar 1898[1]) tritt das Reichsgericht nochmals ausführlich der Anschauung entgegen, dass die Haftung desjenigen, der als Teilhaber einer offenen Handelsgesellschaft auftritt, ohne es zu sein, auf einen dolus des Betreffenden zurückzuführen sei, indem es ausführt: „Der Grundsatz, von dem das B.G. ausgeht, dass, weil die mehreren Gesellschafter dem Kläger gegenüber als Teilhaber einer bestehenden offenen Handelsgesellschaft sich kundgegeben und als für eine solche handelnd aufgetreten sind, die Vorschrift des Art. 112 H.G.B. Anwendung finde, wird von der Revision nicht

[1]) Juristische Wochenschrift 1898 Seite 163.

angefochten und ist jedenfalls für den Handelsverkehr als richtig anzuerkennen. Wo in dieser Weise Gesellschafter gegen aussen unter Umständen auftreten, welche die Annahme erwecken müssen, dass sie Teilhaber einer offenen Handelsgesellschaft seien und für eine solche kontrahieren, sind sie den Dritten, welche im Vertrauen auf solche ausdrückliche oder concludente Erklärung mit ihnen in Rechtsbeziehungen getreten sind, eben kraft dieser Erklärung gleich Teilhabern einer offenen Handelsgesellschaft haftbar. Die Notwendigkeit dieses Satzes tritt ganz klar hervor bei entsprechenden öffentlichen oder sonst für einen grösseren Personenkreis bestimmten Erklärungen, ist aber auch dann anzuerkennen, wenn die entsprechende Kundgebung nur einzelnen Personen oder einer Person gegenüber, mit welcher man kontrahieren will, unter Umständen erfolgt, welche einen Zweifel an der Ernstlichkeit der Erklärung des Willens als Teilhaber einer bestehenden offenen Handelsgesellschaft und namens einer solchen zu handeln, ausschliessen. Der Dritte, welcher im Vertrauen auf eine derartige Erklärung sich mit den Erklärenden eingelassen hat, ist berechtigt, sie an ihrer Erklärung festzuhalten. Es handelt sich also nicht, wie die Revision meint, um die Haftung wegen betrüglicher Vorspiegelungen. Das B.G. deutet nicht an, dass die Beklagten wegen einer in der fraglichen Kundgebung enthaltenen Arglist ihres Rechtsvorgängers für die ganze Summe von 25 000 Mk. aufzukommen hätten. Damit entfallen von selbst die Revisionsangriffe, die von dem angeblichen Mangel der Begründung einer Arglist, einer betrüglichen Vorspiegelung seitens der drei Gesellschafter hergeleitet sind. Die Revision meint, Kläger habe selbstverständlich den wahren Sachverhalt, dass nämlich die

drei Gesellschafter keine offene Handelsgesellschaft bildeten, besonders kein Handelsgewerbe betreiben, gekannt. Wenn Kläger den wahren Sachverhalt gekannt hätte, so wäre allerdings die Anwendung des erwähnten Grundsatzes ausgeschlossen.[1]) Allein die Beklagten haben im Verlaufe der Verhandlungen dieses Prozesses nie die Behauptung aufgestellt, dass Kläger jene Kenntnis gehabt oder bis zum Abschlusse des Uebereinkommens vom 27. Januar 1893 erlangt habe und auch sonst sind keine Umstände hervorgetreten, welche auf eine derartige Kenntnis des Klägers schliessen liessen.“

Auf dem Boden des neuen, seit dem 1. Januar 1900 geltenden Rechts, ruht eine Entscheidung des Reichsgerichts vom 12. Februar 1902[2]) betreffend die Commanditgesellschaften. Auch diese Entscheidung enthält eine Fülle von Gedanken, die ihrem Inhalt nach auf die offene Handelsgesellschaft passen und dabei gänzlich im Einklang mit den bisher dargelegten Grundsätzen des Reichsgerichts bleiben. Die beklagten Commanditisten wenden gegenüber der Klage des Konkursverwalters auf Leistung des Geldbetrags der versprochenen Einlage ein, an dem Vertrag seien zwei Minderjährige beteiligt und das Vormundschaftsgericht habe seine Genehmigung versagt, ferner seien sie zur Eingehung des Vertrags durch Irrtum veranlasst worden und hätten deshalb den Vertrag angefochten; aus diesen zwei Gründen sei die Commanditgesellschaft nichtig und sie könnten daher für die Schulden der Gesellschaft nicht haftbar gemacht werden. Das Reichsgericht anerkennt, dass aus jedem dieser Gründe die Nichtigkeit des Vertrags

[1]) Vgl. oben Seite 40.

[2]) E.R.G. Band 51 Seite 33 ff.

abzuleiten sei, gesteht aber Befreiung von den Verbindlichkeiten gegenüber den Gläubigern der Commanditgesellschaft nur den Minderjährigen zu. Bezüglich der anderen Beteiligten wird ausgeführt, es sei der Vertrag nicht nur zum Abschluss gelangt, sondern auch in das Handelsregister eingetragen worden und letztere Tatsache habe ihre selbständige Bedeutung, es greife der von jeher geltende und wiederholt ausgesprochene Grundsatz ein, dass die Eintragungen im Handelsregister als öffentlich im Rechtsverkehr abgegebene verantwortliche Erklärungen zu gelten haben. Weiter heisst es, die Revisionskläger dürfen die Eintragung im Handelsregister, die mit ihrem Willen erfolgt sei, sämtlich nicht beanstanden; deshalb sei es ihnen denjenigen Gläubigern gegenüber, die sich auf die Eintragung berufen dürfen, versagt, die Nichtigkeit des Vertrags wegen Irrtums geltend zu machen; das nämliche müsse aber auch in Ansehung der Nichtigkeit des Vertrags wegen mangelnder Genehmigung des Vormundschaftsgerichts gelten; die beiden mitverklagten Minderjährigen würden sich allerdings hierauf berufen dürfen; denn eine Eintragung im Handelsregister könne nur für denjenigen bindend sein, der die Eintragung selbst anerkennen müsse, und der Minderjährige, dessen Antrag der Genehmigung des zu Grunde liegenden Geschäfts bedurft hätte, brauche dies nicht; hievon werde jedoch der Volljährige nicht berührt und er könne sich nicht darauf berufen, dass die Eintragung für einen anderen unverbindlich sei. Es ist nicht zu verkennen, dass vom Reichsgericht die rechtliche Wirksamkeit der in der Eintragung im Handelsregister liegenden Kundgebung ebenso beurteilt wird, wie die einer von den Minderjährigen ab-

gegebenen Willenserklärung. Von dem Grund für die gleiche Beurteilung wird später noch die Rede sein. Noch eingehender ist die Bedeutung der Eintragung dargelegt in folgenden Sätzen: „Diese mit ihrem (der Beklagten) Willen erfolgte Eintragung gilt als eine von ihnen abgegebene öffentliche Erklärung, dass sie mit Kl. eine Commanditgesellschaft eingegangen seien und für die Verbindlichkeiten derselben bis zum Belauf der in der Eintragung angegebenen Einlage haften wollen; das aber hat zur Folge, dass sie bis zum Belauf der angegebenen und noch nicht geleisteten Einlage für sämtliche Schulden aufkommen müssen, die nach der Eintragung vom 3. März 1900 als Schulden der Gesellschaft entstanden sind."

Es ergibt sich aus den angeführten Entscheidungen, dass vom Reichsgericht als das entscheidende Moment die Kundgebung, dass eine offene Handelsgesellschaft bestehe, bezw. dass jemand Teilhaber einer offenen Handelsgesellschaft sei, betrachtet wird und dass als der eklatanteste Fall einer derartigen Kundgebung die Eintragung im Handelsregister erscheint.

III.

Um feststellen zu können, ob sich aus einer derartigen Kundgebung die vom Reichsgericht daran geknüpften Folgerungen ziehen lassen, ist die juristische Seite einer derartigen Kundgebung einer Betrachtung zu unterziehen. Ueber die rechtliche Bedeutung von „Kundgebungen" oder „Vorstellungsmitteilungen", deren Verhältnis zu den Willenserklärungen und ihre analoge Behandlung äussert sich Zitelmann in den Beiträgen zur Erläuterung und Beur-

teilung des Entwurfs eines bürgerlichen Gesetzbuchs[1]). Er führt aus, der Entwurf spreche nur von Willenserklärungen und gebe nur für sie seine Vorschriften, es gebe aber zahlreiche Erklärungen als Anknüpfungspunkte rechtlicher Wirkungen, die nicht Willenserklärungen seien, sondern reine Vorstellungsmitteilungen; bei diesen sei zuerst festzustellen, ob der Gesetzgeber für die rechtliche Folge wirklich das Mitteilen, Anzeigen, Benachrichtigen, also diese Tätigkeit des erklärenden Subjekts als unerlässlich fordere oder ob es ihm nur auf das Resultat derselben in dem Erklärungsempfänger, also auf das Wissen, die Kenntnis desselben in irgend einem Zeitpunkt ankomme. Zitelmann rechnet dann zu den Vorstellungsmitteilungen nur diejenigen Fälle, in denen wirklich die Tätigkeit des Erklärenden, nicht bloss das Wissen des Erklärungsempfängers erfordert ist, und bezeichnet diese Erklärungen als wirkliche rechtliche Handlungen, bei denen der Wille zu der Erklärungstätigkeit da sein müsse. Gemeinsam mit den (empfangsbedürftigen) Willenserklärungen haben nach Zitelmann diese Erklärungen das, dass bei beiden Arten von Erklärungen die Absicht vorliegen muss, in dem Erklärungsempfänger durch die Erklärung eine bestimmte Vorstellung hervorzurufen. Den Unterschied zwischen Willenserklärungen und Vorstellungsmitteilungen präcisiert er sodann dahin, „während mir aber bei der Willenserklärung dieses Verstandensein durch den Empfänger Mittel ist zur Herbeiführung eines weiteren rechtlich-sozialen Erfolgs, der nicht ohne meine darauf gerichtete Absicht und die Erklärung dieser Absicht eintreten

[1]) Herausgegeben von Bekker & Fischer 7. und 8. Heft Seite 32 ff.

kann, ist das bei der Vorstellungsmitteilung nicht oder nur zufällig so. Daher ist auch der Inhalt der mitgeteilten Vorstellungen beidemale ein verschiedener: bei der Willenserklärung sollst du die Vorstellung gewinnen, dass ich einen bestimmten rechtlich-sozialen Erfolg beabsichtige, den ich eben durch die Erklärung dieser meiner Absicht an dich herbeizuführen suche, und der nicht ohne die Erklärung meiner auf ihn gerichteten Absicht eintritt; bei den blossen Vorstellungsmitteilungen sollst du die Vorstellung gewinnen, dass irgend etwas beliebiges Drittes sei oder nicht sei."

Aehnlich erklärt Eltzbacher[1]) Seite 146: dadurch, dass die Willenserklärung Aeusserung eines Willens sei, unterscheide sie sich von den Gefühls- und Vorstellungsäusserungen z. B. von der Behauptung, dass man Vertretungsmacht habe; in diesen und ähnlichen Fällen sei zwar eine Aeusserung gewollt, aber das Geäusserte sei kein Wille.

Deutlicher äussert sich Manigk[2]) in dem 5. Abschnitt des 8. Kapitels über die Mitteilung Seite 701: „den Mitteilungen sei wesentlich die Kundgebung einer Vorstellung, eines Urteils oder einer Ueberzeugung, andererseits eines Willensinhalts seitens eines Subjekts an ein anderes. Die Mitteilungen kommen einerseits den Willenserklärungen nahe, sie unterscheiden sich aber von diesen wie alle blossen Rechtshandlungen dadurch, dass die Rechtswirkung auch bei den Mitteilungen nicht auf einem Akte der

---

[1]) Dr. Paul Eltzbacher. Die Handlungsfähigkeit nach Deutschem bürgerlichem Recht. Berlin 1903 I. Band: Das rechtswirksame Verhalten.

[2]) Dr. Alfred Manigk. Willenserklärung und Willensgeschäft. Berlin 1907.

Privatautonomie des Mitteilenden beruhe, dass die Wirkung vielmehr rein ex lege und ungewollt eintrete; es könne sich handeln entweder um die Mitteilung einer Absicht, eines Wollens, (Willensmitteilungen) oder es handle sich um die Mitteilungen von Vorstellungen, für welche allein der bisher inkorrekt für alle diese Akte gebrauchte Ausdruck Vorstellungsmitteilungen am Platze sei.

Seite 706 billigt Manigk die Ansicht Zitelmanns, dass zu der Gruppe der Vorstellungsmitteilungen nur die Fälle gerechnet werden dürften, in denen die Kenntnis des Gegners gerade auf dem Mitteilungsakt des Subjekts beruhen muss. Der von Zitelmann gekennzeichnete Unterschied zwischen den Vorstellungsmitteilungen und den Willenserklärungen wird von Manigk Seite 709 als ganz richtig befunden.

Soweit gehen also Zitelmann und Manigk im wesentlichen einig und man kann sich deren Ansicht unbedenklich anschliessen. Während aber im Weiteren Zitelmann der Meinung Ausdruck gibt, dass die für Rechtsgeschäfte geltenden Regeln im Allgemeinen auch auf die Vorstellungsmitteilungen anzuwenden seien, steht Manigk auf dem gegenteiligen Standpunkt. Auf Seite 710 sagt Manigk über die Zitelmannschen Ausführungen: „eine so weitgehende Anwendbarkeit der Vorschriften der Rechtsgeschäfte sei ausgeschlossen, da hier die abweichende Natur der Vorstellungsmitteilungen hindernd im Wege stehe.“ Manigk führt seine Ansicht an einigen Beispielen noch näher aus. Eine allgemein gültige Regel lässt sich in dieser Beziehung zur Zeit überhaupt noch nicht aufstellen, da die in Betracht kommenden Akte zu verschiedenartig sind. Für diese Abhandlung ist nur zu untersuchen, ob bei der Ent-

stehung einer offenen Handelsgesellschaft Vorstellungsmitteilungen der vorerwähnten Art eine Rolle spielen und welche rechtliche Bedeutung denselben zukommt.

Bei der Entstehung einer offenen Handelsgesellschaft sind nun regelmässig zwei Akte zu unterscheiden:

1. ein unter den Gesellschaftern vorgenommener interner Akt, nämlich der Austausch der auf Errichtung einer Gesellschaft gerichteten Willenserklärungen. Dieser Akt ist Rechtsgeschäft und steht unter den für Rechtsgeschäfte bestehenden Vorschriften. Ist dieser Akt gültig, so ist eine Gesellschaft ins Leben getreten. Von dieser Gesellschaft weiss aber die Aussenwelt noch nichts, für die Aussenwelt ist die Gesellschaft noch nicht vorhanden, für sie existirt die Gesellschaft erst mit einem weiteren Akt, nämlich

2. der Kundgebung der Gesellschaft als solcher nach aussen. Erst wenn die Gesellschaft Dritten gegenüber (durch Bekanntmachung, Auftreten als Gesellschaft) ihr Bestehen kundgegeben hat, ist sie tatsächlich im Stande, Rechtsbeziehungen mit Dritten anzuknüpfen.

Geschieht es nun, dass der erste Akt, der Abschluss des Gesellschaftsvertrags aus irgend einem Grunde nichtig ist, so ist also eine Gesellschaft nicht entstanden. Tritt nun diese nichtige Gesellschaft trotzdem als Gesellschaft im Rechtsverkehr auf, nimmt sie also den eben erwähnten zweiten Akt vor, so ist jedenfalls soviel sicher, dass die Gesellschaft dadurch an sich [1]) nicht gültig wird. Anderer-

---

[1]) Besondere Fälle ausgenommen, wenn z. B. in der Kundgebung die Bestätigung einer anfechtbaren Beitrittserklärung zu erblicken ist.

seits braucht dieser zweite Akt auch nicht notwendig ohne rechtliche Wirkung zu sein. Welcher Art diese rechtlichen Wirkungen sein können, ergibt sich, wenn man die Rechtswirkungen in Betracht zieht, die eingetreten wären, wenn der Gesellschaftsvertrag gültig gewesen wäre.

Wird ein gültiger Gesellschaftsvertrag geschlossen, so ist die rechtliche Folge im Verhältnis der Gesellschafter nach aussen, dass jeder Gesellschafter zur Vertretung der Gesellschaft befugt ist, soweit nicht im Gesellschaftsvertrag ein Anderes bestimmt ist. H.G.B. § 125. Diese Vertretungsbefugnis tritt, auch wenn im Gesellschaftsvertrag gar nichts darüber bestimmt ist, von Gesetzes wegen ein, allein auf Grund der Tatsache, dass die Gesellschafter eine offene Handelsgesellschaft bilden. Sobald demgemäss die offene Handelsgesellschaft im Verhältnis zu Dritten in Wirksamkeit getreten ist (§ 123 H.G.B.), ist jeder Gesellschafter Dritten gegenüber befugt, die Gesellschaft zu vertreten.

Ist nun der Gesellschaftsvertrag nichtig, tritt aber trotzdem die nichtige Gesellschaft als offene Handelsgesellschaft mit Zustimmung sämtlicher Beteiligten, gleichviel, ob dieselbe ausdrücklich oder stillschweigend erklärt ist, Dritten gegenüber auf, so liegt in diesem Auftreten als offene Handelsgesellschaft eine Kundgebung sämtlicher Beteiligten, deren unmittelbar erkennbarer Inhalt der ist, dass eine offene Handelsgesellschaft bestehe, deren Gesellschafter die Beteiligten seien. Weiterhin hat die Kundgebung die Bedeutung einer Erklärung der Beteiligten des Inhalts: „Wir stehen in einem rechtlichen Verhältnis zu einander und zur Aussenwelt, das nach den gesetzlichen Vorschriften über die offene Handelsgesellschaft zu be-

urteilen ist.“ Zu diesen gesetzlichen Bestimmungen gehört auch die Vorschrift, wonach jeder Gesellschafter einer offenen Handelsgesellschaft zur Vertretung der Gesellschaft, mit anderen Worten zur Vertretung der sämtlichen Gesellschafter befugt ist. In der Kundgebung, dass die Beteiligten eine offene Handelsgesellschaft bilden, liegt demnach zugleich die Kundgebung, dass jeder Beteiligte zur Vertretung der Gesamtheit der Beteiligten befugt sei oder was dasselbe ist, dass er Vertretungsmacht für alle Beteiligten habe. Die Sache liegt also nicht wesentlich anders als im Falle des § 171 des B.G.B., in welchem bestimmt ist: „Hat jemand durch besondere Mitteilung an einen Dritten oder durch öffentliche Bekanntmachung kundgegeben, dass er einen anderen bevollmächtigt habe, so ist dieser auf Grund der Kundgebung im ersteren Falle dem Dritten gegenüber, im letzteren Falle jedem Dritten gegenüber zur Vertretung befugt. Die Vertretungsmacht bleibt bestehen, bis die Kundgebung in derselben Weise, wie sie erfolgt ist, widerrufen wird.“ Hier ist davon die Rede, dass jemand kundgibt, er habe einen anderen bevollmächtigt. Dies trifft auch zu bei der hier behandelten Kundgebung der Beteiligten, dass eine offene Handelsgesellschaft zwischen ihnen bestehe; denn diese Kundgebung lautet dahin, jeder Beteiligte habe jeden anderen Beteiligten bevollmächtigt, hierin liegt die Erklärung jedes Beteiligten, dass er die anderen bevollmächtigt habe und zwar bevollmächtigt in der Weise, wie ein Gesellschafter einer offenen Handelsgesellschaft zur Vertretung sämtlicher Gesellschafter ermächtigt ist.

Es bedarf keiner weiteren Ausführung, dass nach dem bisher Angeführten die Vorschriften des B.G.B. § 171 u. ff.

auf den Fall der Kundgebung des Bestehens einer offenen Handelsgesellschaft analog anzuwenden sind. Nun taucht zunächst die Frage nach der rechtlichen Natur der Kundgebung des § 171 B.G.B auf. Eine Willenserklärung ist diese Kundgebung nicht, sie ist vielmehr lediglich die Mitteilung, dass man einem Anderen Vollmacht erteilt habe, d. h. die Mitteilung eines bereits vorgenommenen Rechtsgeschäfts, wobei es gleichgiltig ist, ob dieses angeblich bereits vorgenommene Rechtsgeschäft der Vollmachtserteilung tatsächlich vorgenommen worden ist oder nicht. Diese Kundgebung ist nur der Ausdruck der Vorstellung, dass man einem Anderen Vollmacht erteilt habe, also eine reine Vorstellungsmitteilung. Auf den Zweck der Kundgebung, die Absicht des Kundgebenden kommt es gar nicht an. Es genügt, dass die Kundgebung erfolgt ist, an diese Tatsache knüpft das Gesetz die in § 171 u. ff. B.G.B. bestimmten Folgen. Da nach § 171 B.G.B. der Kundgebende sich auf Grund seiner Kundgebung gerade so behandeln lassen muss, wie wenn er erst durch die Kundgebung und nicht schon früher Vollmacht erteilt hätte, also ebenso wie wenn er das Rechtsgeschäft der Vollmachtserteilung vorgenommen hätte, mit anderen Worten, da die Rechtsfolgen für das betreffende Subjekt in beiden Fällen dieselben sind, so wird man nicht fehl gehen mit der Annahme, dass nach dem Inhalt des Gesetzes die Rechtswirksamkeit der Kundgebung auch von denselben allgemeinen Voraussetzungen abhängig und denselben Bestimmungen unterworfen ist, wie die Vollmachtserteilung, also wie ein Rechtsgeschäft. Das will aber nichts anderes heissen, als dass die für Rechtsgeschäfte geltenden Regeln analog auf die Kundgebung des § 171 anzuwenden sind.

Bei der (nichtigen) offenen Handelsgesellschaft ergibt sich hienach als Folge der Kundgebung, dass jeder Beteiligte im Falle besonderer Kundgebung an einen Dritten diesem gegenüber, im Falle der Kundgebung durch öffentliche Bekanntmachung jedem Dritten gegenüber zur Vertretung der sämtlichen Beteiligten in der gleichen Weise berechtigt ist, wie wenn die Vereinigung wirklich eine offene Handelsgesellschaft wäre. Handelt daher ein Beteiligter in Ausübung der ihm hienach zustehenden Vertretungsmacht, so handelt er mit Rechtswirksamkeit für und gegen sämtliche Beteiligte, mit deren Zustimmung die Kundgebung erfolgt ist; er erwirbt Rechte für alle mit der Kundgebung einverstandenen Beteiligten und begründet Verbindlichkeiten mit Wirkung gegen eben dieselben, wenn er für die (nichtige) offene Handelsgesellschaft tätig wird. Mit dieser Feststellung ist die dieser Arbeit gestellte Aufgabe im Grundsatz gelöst und die Lösung stimmt im Ergebnis mit der hergebrachten Stellungnahme der Rechtsprechung, die oben dargelegt ist, überein. Doch sollen im folgenden noch einige Punkte zur weiteren Erläuterung und Ergänzung des bereits Ausgeführten einer kurzen Erörterung unterzogen werden.

IV.

Die öffentliche Bekanntmachung des Bestehens einer offenen Handelsgesellschaft kann auf verschiedene Weise erfolgen, durch Verbreitung von Zirkularen, Ausschreiben in Zeitungen u. a. Besonders zu besprechen ist der Fall, dass das angebliche Bestehen einer offenen Handelsgesellschaft in das Handelsregister eingetragen wird mit oder

ohne das Hinzutreten der vorgeschriebenen öffentlichen Bekanntmachung der Registereinträge. Im Zusammenhang damit soll die Frage besprochen werden, welche Bedeutung der Eintragung einer offenen Handelsgesellschaft, die in Wirklichkeit nichtig ist, in das Handelsregister an sich auf Grund der für die Registereinträge gegebenen Vorschriften des Handelsrechtes zukommt.

Enthielte das Handelsgesetzbuch bezüglich des Handelsregisters eine Bestimmung ähnlich wie diejenige des Bürgerlichen Gesetzbuchs für den Grundstücksverkehr, durch welche dem Grundbuch öffentlicher Glaube verliehen wird, etwa in der Form, dass zu Gunsten gewisser Personenkategorien der Inhalt des Handelsregisters als richtig gelten würde, so wäre die Bedeutung des Eintrags einer nichtigen offenen Handelsgesellschaft im Handelsregister die, dass die so eingetragene Vereinigung einem Dritten gegenüber, der sich auf die Eintragung verlassen hat, als offene Handelsgesellschaft gelten würde, die Beteiligten also dem Dritten gegenüber ebenso berechtigt oder verpflichtet wären, wie wenn die offene Handelsgesellschaft tatsächlich bestände. Eine derartige Bestimmung, durch welche, wie ohne weiteres ersichtlich ist, die in dieser Arbeit behandelte Frage für die meisten Fälle ihre Beantwortung finden würde, enthält aber das H.G.B. nicht. Es sind wohl Bestimmungen getroffen, welche den Schutz gutgläubiger Dritter bezwecken; doch geht dieser Schutz lange nicht so weit wie der des Grundbuchs. In Betracht kommen die §§ 5, 15 H.G.B. Der § 15 Abs. 1 behandelt den Fall, dass eine in das Handelsregister einzutragende Tatsache nicht eingetragen und bekannt gemacht ist; er bestimmt, dass eine solche Tatsache von demjenigen, in dessen Angelegenheiten sie ein-

zutragen war, einem Dritten nicht entgegengesetzt werden könne, ausser wenn dem Dritten nachgewiesen werde, dass ihm die Tatsache bekannt war. Ist dagegen die in das Handelsregister einzutragende Tatsache eingetragen und bekannt gemacht, so muss nach Vorschrift des § 15 Abs. 2 ein Dritter die Tatsache gegen sich gelten lassen, sofern er nicht beweist, dass er die Tatsache weder kannte noch kennen musste.

§ 15 H.G.B. spricht also nur von „in das Handelsregister einzutragenden Tatsachen," d. h. von solchen Tatsachen, deren Eintragung im Handelsregister durch das Gesetz vorgeschrieben ist. Die Eintragung einer nichtigen, also in Wirklichkeit nicht bestehenden offenen Handelsgesellschaft ist aber nirgends vorgeschrieben. § 15 H.G.B. kann demnach hier keine Anwendung finden.

Eine weitere Vorschrift zum Schutze Dritter ist im § 5 H.G.B. gegeben, für den Fall, dass eine Firma, deren Eintragung nicht vorgeschrieben ist, weil das unter ihr betriebene Gewerbe kein Handelsgewerbe ist oder zu den in § 4 Abs. 1 H.G.B. bezeichneten Betrieben gehört, in das Handelsregister eingetragen ist. Hier handelt es sich allerdings um nicht einzutragende Tatsachen, aber die Vorschrift beschränkt sich auf die angegebenen 2 Fälle und findet auf den Fall keine Anwendung, dass eine nicht bestehende offene Handelsgesellschaft eingetragen wird. Weder § 15 noch § 5 H.G.B. gibt also eine Antwort auf die Frage nach der Bedeutung der Eintragung einer nichtigen offenen Handelsgesellschaft in das Handelsregister.

Was nun die Frage betrifft, ob der Eintragung schon an sich die Bedeutung einer öffentlichen Bekanntmachung zukommt, so ist dieselbe insofern zu bejahen, als der Ein-

trag im Handelsregister jedermann zugänglich ist. Freilich ist die Wirksamkeit der Eintragung in dieser Richtung eine viel beschränktere als bei hinzutretender öffentlicher Bekanntmachung, da die Eintragung regelmässig nur einem beschränkten Kreis von Personen bekannt wird; aber das ändert nichts an dem Wesen der Eintragung als einer für jedermann bestimmten und jedermann zugänglichen Erklärung. Tritt zur Eintragung noch die öffentliche Bekanntmachung durch das Registergericht, so liegt eine öffentliche Kundgebung zweifellos vor.

V.

Wie oben erwähnt, sind gewisse Kundgebungen analog den Willenserklärungen zu behandeln. Dies gilt insbesondere auch von der Geschäftsfähigkeit[1]) der Personen, von denen die Kundgebung ausgeht. Sowenig ein Unzurechnungsfähiger eine wirksame Willenserklärung abgeben kann, so wenig kann ein solcher eine mit Rechtswirkungen verbundene Kundgebung rechtsgiltig abgeben. Wenn also ein Geisteskranker bekannt macht, er habe jemandem Vollmacht erteilt, so hat diese Bekanntmachung nicht die Wirkung, dass der angeblich Bevollmächtigte Vertretungsmacht erlangt, sondern die Bekanntmachung ist vollständig wirkungslos. Wirkungslos ist dementsprechend auch die Kundgebung des Bestehens einer offenen Handelsgesellschaft in Beziehung auf einen geschäftsunfähigen Beteiligten. Denn da ein solcher unfähig

---

[1]) Vgl. E.R.G. Bd. 51 Seite 33 ff. über die Beteiligung minderjähriger Personen.

ist, eine rechtsgültige Willenserklärung abzugeben, ist er auch ausser Stand, rechtswirksam sich an der Kundgebung zu beteiligen bezw. seine Zustimmung zur Vornahme der Kundgebung zu erklären. Während die geschäftsfähigen Beteiligten durch ein von einem Beteiligten im Namen der Vereinigung vorgenommenes Rechtsgeschäft für die Erfüllung der aus demselben der nichtigen offenen Handelsgesellschaft erwachsenden Verbindlichkeiten solidarisch haftbar werden, tritt diese Haftung dem geschäftsunfähigen Beteiligten gegenüber nicht ein. Selbstverständlich kommt es hiebei auf die Geschäftsunfähigkeit zur Zeit der Kundgebung bezw. der Erteilung der Zustimmung zu der Kundgebung an.

Was hier von der Geschäftsunfähigkeit gesagt ist, gilt ebenso von anderen Umständen, welche die Wirksamkeit einer Willenserklärung beeinflussen. Die für solche Umstände gegebenen gesetzlichen Vorschriften finden auf die Kundgebung analoge Anwendung, soweit sich nicht eine solche wegen des auf Herbeiführung eines bestimmten Erfolges gerichteten Zwecks einer Willenserklärung verbietet. Dabei ist aber stets zu beachten, dass die Kundgebung ein selbständiger von der Eingehung des Vertrags durchaus zu unterscheidender Akt ist, also nur ein Mangel bei der Kundgebung in Betracht kommt, nicht ein solcher bei dem vorausgegangenen Vertragsschluss.

VI.

Oben unter IV ist der Grundsatz festgestellt worden, nach welchem das Verhältnis der an einer nichtigen offenen Handelsgesellschaft als Gesellschafter beteiligten Personen

zu Dritten zu beurteilen ist und zwar ist dort die Bedeutung dieses Grundsatzes speciell nach der Richtung ausgesprochen worden, in welcher die nichtige Gesellschaft als Schuldnerin in Betracht kommt. Wendet man den Grundsatz von der durch die Kundgebung erteilten Vertretungsmacht auf die Gesellschaft als Gläubigerin an, so ist ersichtlich, dass die von der scheinbaren offenen Handelsgesellschaft erworbenen Rechte der Gesamtheit der Beteiligten zustehen, soweit die Kundgebung für und gegen diese wirkt; denn für die Gesamtheit der Beteiligten haben die für die nichtige Gesellschaft handelnden Beteiligten die Rechte erwerben wollen und daher auch erworben. Das Vermögen der scheinbaren offenen Handelsgesellschaft steht also der Gesamtheit der Beteiligten zu. In welchem Verhältnis die Beteiligten an diesem „Gesellschaftsvermögen" berechtigt sind, wie die Verteilung des Gewinnes oder die interne Ausgleichung etwaigen Verlustes sich gestaltet, ist hier nicht näher auseinanderzusetzen, da der Zweck dieser Arbeit nicht der ist, alle Einzelheiten zu behandeln, sondern sich darauf beschränkt, die Grundsätze festzustellen, von denen bei der Beurteilung derartiger Fälle auszugehen ist. Im Zweifel wird anzunehmen sein, dass die Beteiligten unter sich nach Kopfteilen berechtigt und verpflichtet sind.

VII.

Eine Frage bedarf noch der Erörterung, nämlich die, ob und auf welche Weise der Zustand beseitigt werden kann, dass infolge der Kundgebung jeder Beteiligte Vertretungsmacht für sämtliche Beteiligte hat. Geht man auf die Analogie der §§ 171 ff. zurück, so ergibt sich, dass

die Vertretungsmacht aufhört, wenn die Kundgebung in derselben Weise, wie sie erfolgt ist, widerrufen wird. Also bei Kundgebung durch besondere Mitteilung an einen Dritten erfolgt der Widerruf auch durch besondere Mitteilung an den Dritten. Ist die Kundgebung durch öffentliche Bekanntmachung erfolgt, so hat der Widerruf ebenfalls durch öffentliche Bekanntmachung zu erfolgen und zwar muss die Bekanntmachung in derselben Weise geschehen wie die Veröffentlichung der Kundgebung. Demgemäss muss, wenn die nichtige Gesellschaft in das Handelsregister eingetragen und die Eintragung öffentlich bekannt gemacht ist, der Eintrag im Handelsregister gelöscht und die Löschung öffentlich bekannt gemacht werden. Die Handhabe hiezu bietet das Reichsgesetz über die Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit, das in § 142 bestimmt: „Ist eine Eintragung in das Handelsregister bewirkt, obgleich sie wegen Mangels einer wesentlichen Voraussetzung unzulässig war, so kann das Registergericht sie von Amtswegen löschen. Die Löschung geschieht durch Eintragung eines Vermerkes.“ Jeder Beteiligte kann also dem Registergericht den Nachweis erbringen, dass die Gesellschaft nichtig ist und hiedurch die Eintragung des Löschungsvermerks herbeiführen. Der eingetragene Löschungsvermerk wird sodann gemäss § 10 H.G.B. veröffentlicht. Dass die Nichtigkeit des Gesellschaftsvertrags Mangel einer wesentlichen Voraussetzung für die Eintragung ist, bedarf keiner weiteren Begründung, da es keinem Zweifel unterliegen kann, dass das Gesetz nur die Eintragung einer gültigen offenen Handelsgesellschaft vorschreibt.

Eine Beendigung dieses Schwebezustandes, dessen Fortdauer nach dem Gesagten von dem Unterbleiben eines

Widerrufs abhängig ist, kann auch in anderer Weise erfolgen. Es kann z. B. ein Beteiligter, der zur Anfechtung des Gesellschaftsvertrags berechtigt ist, den Gesellschaftsvertrag bestätigen. Infolge der Bestätigung ist dann die Anfechtung nach § 144 B.G.B. ausgeschlossen, die Gesellschaft ist nunmehr eine gültige offene Handelsgesellschaft. Dasselbe gilt, wenn das Anfechtungsrecht durch Fristablauf ausgeschlossen wird. Es handelt sich dabei allerdings nicht um nichtige Gesellschaften, aber immerhin um eine schwebende Nichtigkeit und deren Beseitigung. Ist nicht bloss ein Anfechtungsrecht gegeben, sondern der Gesellschaftsvertrag nichtig, so können die Beteiligten den Vertrag bestätigen. Diese Bestätigung ist gemäss § 141 B.G.B. als erneute Vornahme zu beurteilen, muss also alle Erfordernisse aufweisen, die der Vertrag selbst haben muss. Gerade für den Fall der Bestätigung eines nichtigen Vertrags trifft der Absatz 2 des § 141 B.G.B. eine weitergehende Bestimmung dahin, dass dann die Parteien im Zweifel verpflichtet sein sollen, einander zu gewähren, was sie haben würden, wenn der Vertrag von Anfang an gültig gewesen wäre. Hieraus folgt, dass im Verhältnis zu Dritten der Vertrag als erst im Zeitpunkt der Bestätigung zu Stande gekommen anzusehen ist. Welche Bedeutung die Bestätigung des Gesellschaftsvertrags für die früher abgeschlossenen Geschäfte der Vereinigung hat, ist in jedem einzelnen Fall unter Berücksichtigung der besonderen Umstände durch Auslegung festzustellen, die sich insbesondere nach der Richtung zu betätigen hat, ob in der Bestätigung eine Billigung der früher abgeschlossenen Geschäfte liegt oder nicht.

VIII.

Es ist oben von der analogen Anwendung der §§ 171 ff. die Rede gewesen. Von diesen Paragraphen kommt noch besondere Bedeutung zu dem § 173 B.G.B., wonach die oben erwähnten Bestimmungen über die durch Kundgebung erteilte Vertretungsmacht keine Anwendung finden, wenn der Dritte das Erlöschen der Vertretungsmacht bei der Vornahme des Rechtsgeschäfts kennt oder kennen muss. Diese Vorschrift hat nur Bedeutung, wenn der Widerruf der Kundgebung noch nicht oder nicht in der vorgeschriebenen Weise erfolgt ist. Die analoge Anwendung dieser Bestimmung auf einen Dritten, der bei der Vornahme eines Rechtsgeschäfts mit der Vereinigung weiss oder wissen muss, dass die Kundgebung des Bestehens der offenen Handelsgesellschaft widerrufen ist, begegnet keinem Bedenken. Es ergibt sich dies ja schon aus § 171 Abs. 2 B.G.B., wonach die Wirkung der Kundgebung mit dem Widerruf aufhört, auch wenn ein Dritter hievon nichts erfährt. Anders liegt der Fall, wenn der Dritte bei Vornahme eines Rechtsgeschäfts weiss, dass die Gesellschaft nichtig ist. In solchem Fall handelt der Dritte arglistig gegen Treu und Glauben und kann daher die Beteiligten nicht auf Grund der Kundgebung an dem Rechtsgeschäft festhalten.[1]) Anderer Meinung ist Staub zu § 123 Anm. 10.

---

1) Ebenso E.R.G. vom 26. Januar 1898 in der Juristischen Wochenschrift 1898 Seite 163.

IX.

Bei der Vornahme eines einseitigen Rechtsgeschäfts durch einen Bevollmächtigten ist nach der Bestimmung des § 174 B.G.B. das Rechtsgeschäft unwirksam, wenn der Bevollmächtigte eine Vollmachtsurkunde nicht vorlegt und der andere das Rechtsgeschäft aus diesem Grunde unverzüglich zurückweist. Da diese Vorschrift den Schutz Dritter bezweckt, dürfte kein Grund vorliegen, die analoge Anwendung derselben auf die Vornahme eines einseitigen Rechtsgeschäfts durch einen Beteiligten auszuschliessen. In der Praxis wird ein derartiger Fall zu den Seltenheiten gehören, da ein Dritter zu einer Zurückweisung nur dann Anlass hat, wenn er die Gültigkeit einer offenen Handelsgesellschaft bezweifelt.